

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**LEI E ATIVIDADE JUDICIAL – UMA ANÁLISE DO SISTEMA
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INFANTOJUVENIS E DA
DISCRICIONARIEDADE**

**LUIZ CARLOS AMBROSIO JUNIOR
Lisboa 2016**

Luiz Carlos Ambrosio Junior



**LEI E ATIVIDADE JUDICIAL – UMA ANÁLISE DO SISTEMA
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INFANTOJUVENIS E DA
DISCRICIONARIEDADE**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado na área de Ciências Histórico-Jurídicas, especialidade em Teoria do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, referente ao ano letivo 2013/2014, sob a orientação da **Professora Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Alves**, elaborada e apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre.

Lisboa 2016

CAPÍTULO I

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DA ORIGEM AOS CONFLITOS ENTRE AS NORMAS

INTRODUÇÃO.....	12
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS/DIREITOS HUMANOS.....	13
1.1 Antecedentes históricos	13
1.2 Os novos direitos fundamentais	18
1.3 Apanhado histórico dos direitos fundamentais destinados às crianças e aos adolescentes	20
1.4 O constitucionalismo como garantia dos direitos fundamentais.....	22
1.5 A abertura dos sistemas constitucionais – A força normativa dos tratados sobre direitos humanos no sistema legal interno	24
1.6 Posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro	25
1.7 Terminologia. Significado das expressões direitos humanos e direitos fundamentais.....	26
2 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – BREVES NOTAS ACERCA DE SUA ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS.....	27
2.1 Noção geral de estrutura da norma	28
2.2 Destinatários das normas de direitos fundamentais	29
2.3 Norma e enunciado normativo.....	30
2.4 Normas primárias e secundárias	31
2.5 Normas regra e normas princípio.....	31
2.6 Princípio e valor – Significado jurídico e diferenciação.....	33
2.6.1 Significado jurídico de valor	33
2.6.2 Diferenciação entre princípio e valor	34
2.7 Derrotabilidade das normas de direito fundamental	34
3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	36

3.1	Espécies de interpretação pela fonte	38
3.2	Elementos da interpretação	38
3.3	Postulados da interpretação constitucional	41
3.4	Neoconstitucionalismo.....	41
4	CONFLITOS DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS FORMAS DE SUA RESOLUÇÃO	43
4.1	Critérios clássicos para solução de conflito de normas	45
4.2	Ponderação como forma de resolução de conflitos de normas de direitos fundamentais	47
4.2.1	Ponderação concreta e abstrata.....	48
4.2.2	Limites imanentes das normas de direitos fundamentais	49
4.2.3	Núcleo essencial das normas de direito fundamental.....	49
4.3	A técnica da ponderação	50
4.3.1.1	Passo a passo da ponderação	52
4.3.1.1.1	Ponderação e fórmula do peso	52
4.3.1.1.2	Uma outra forma de realizar a ponderação	55

CAPÍTULO II

A LEI

O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO E A LEGISLAÇÃO INTERNA

5	SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	59
5.1	A Carta das Nações Unidas.....	59
5.2	A Declaração Universal dos Direitos Humanos	61
6	PROTEÇÃO REGIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	63
6.1	Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos	64
6.2	Sistema europeu de proteção aos direitos humanos – A Convenção e o Tribunal europeus	66
7	PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA	69
7.1	A Declaração de 1989 – A Convenção sobre os Direitos da Criança.....	70
7.2	O Comitê e os relatórios	72

7.3	Mecanismos regionais de proteção dos direitos da criança	73
7.4	Modo de acesso aos comitês	75
7.5	As Regras de Beijing	75
7.6	Demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos das crianças.....	77
7.7	Relação entre a execução das decisões dos tribunais internacionais e a soberania ...	77
8	Sistema tutelar/infracional	79
8.1	Breve notícia do sistema tutelar de Portugal	79
8.2	Sistema infracional brasileiro	81

CAPÍTULO III

INTERPRETAÇÃO, SUBSUNÇÃO E OBEDIÊNCIA –

UM CAMINHO PARA A EFETIVIDADE DAS NORMAS

9	O MOMENTO DA SUBSUNÇÃO.....	86
9.1	A necessidade da interpretação para a aplicação da lei	87
9.2	O espaço de indeterminação da legislação.....	91
9.3	A teoria da completude do Direito.....	92
9.3.1	A crítica ao dogma da completude do Direito	94
9.3.2	A questão das lacunas no Direito e o dogma da completude	94
10	O DIREITO, A OBEDIÊNCIA ÀS LEIS E À JUSTIÇA	96
10.1	A discricionariedade	96
10.2	O Direito e a Justiça.....	98
10.3	Justiça corretiva, justiça distributiva e utilitarismo	100
10.4	Dever de obediência às leis.....	103
10.5	Gustav Radbruch – Relativismo e Direito	107
10.6	Kantorowicz – Uma nova concepção do Direito	109
10.7	Positivismo X antipositivismo.....	112
11	CASOS DIFÍCEIS	114
11.1	A posição de Hart	114

11.2	A crítica de Dworkin de criar-se a norma e aplicá-la retroativamente	115
11.2.1	Argumentos tidos como válidos para os casos difíceis nas lições de Dwokin .	116
12	BREVE ANÁLISE ACERCA DA QUESTÃO DA UNICIDADE DE RESULTADO VÁLIDO	125
12.1	Dworkin – Os direitos podem ser controversos	126
12.2	Segunda versão para a possível ausência de resposta apresentada por Dworkin	127
13	JUIZ E JURISDIÇÃO	128
13.1	A figura do juiz através da História	128
13.2	Breve notícia acerca da jurisdição romana	130
13.3	O exercício da jurisdição através do processo	133
13.4	Breve histórico do exercício da jurisdição por meio do processo	134
13.5	Os modelos de juiz – François Ost	136
13.6	A posição do Judiciário na separação, harmonia e independência dos poderes. Há alguma preponderância?	137
13.7	Terão os juízes voltado ao centro do Direito?	139
14	OS PODERES DO JUIZ E OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	141
15	O JUIZ E A PROVA – BREVE NOÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO DA PROVA.....	144
15.1	Breve notícia do sistema probatório ao longo da História.....	144
15.2	A produção da prova.....	145

CAPÍTULO IV

A APLICAÇÃO

16	ANÁLISE DE QUESTÕES NA ÁREA INFANTOJUVENIL EM CONFORMIDADE COM O SUSTENTADO	149
17	A PROTEÇÃO AO VÍNCULO FAMILIAR DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.	150
18	A RESPONSABILIZAÇÃO INFRACIONAL	159
18.1	Requisitos para a aplicação de medida socioeducativa.....	162
19	GARANTIAS PROCESSUAIS BÁSICAS	166
19.1	O direito à não autoincriminação	167

19.2	Subdivisões do direito à não autoincriminação	169
19.3	Consequências da inobservância das garantias processuais	174
20	EXPERIÊNCIA PRÁTICA – UMA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS	175
20.1	A questão da internação provisória e do seu cabimento fora das hipóteses legais ..	177
20.2	Análise das motivações das decisões em possíveis casos concretos	180
	CONCLUSÃO.....	188
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	195

ANEXOS

ANEXO I – RECURSO DE APELAÇÃO.....	203
ANEXO II – JURISPRUDÊNCIA SOBRE A APELAÇÃO	213
ANEXO III – INICIAL DE <i>HABEAS CORPUS</i>	215
ANEXO IV – JURISPRUDÊNCIA SOBRE O <i>HABEAS CORPUS</i>	224
ANEXO V - EXEMPLO DE LISTA DE DISPOSITIVOS LEGAIS A SEREM SUSCITADOS	226

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa

ACHPR – Corte Africana dos Direitos Humanos

ADPF – Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que tramita perante ao STF

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AL – Estado de Alagoas, Brasil

AU – União Africana

CADH – Convenção Americana dos Direitos do Homem

CDEDICA – Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. – confira

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

HC – Habeas Corpus

MSE – Medida Socioeducativa

NCPC – Novo Código de Processo Civil brasileiro

OAU – Organização da Unidade Africana

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

ONGs – Organizações não governamentais

RJ – Estado do Rio de Janeiro, Brasil

REsp – Recurso Especial, recurso ventilando questões infraconstitucionais para o Superior Tribunal de Justiça brasileiro

SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro

SP – Estado de São Paulo, Brasil

TO – Estado do Tocantins, Brasil

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO ANALÍTICO

No presente estudo, analisamos os direitos humanos, efetuando pesquisa de sua evolução histórica e da estrutura das normas. Em um segundo momento, examinamos os recursos utilizados para uma boa interpretação e os eventuais conflitos dos direitos consagrados na busca de melhor compreender a norma e seu significado para a sua aplicação. Para tanto, utilizamo-nos, ainda, de passagens filosóficas com o fim de conferir e investigar o espaço da discricionariedade judicial.

Fizemos um pequeno apanhado histórico sobre a jurisdição e sobre os direitos das crianças e dos adolescentes até chegamos às doutrinas infantojuvenis atuais, e, como forma de tornar mais visível a aplicabilidade do estudo, nos socorremos de “casos concretos” da área infantojuvenil. Por meio desses “casos concretos”, demonstramos o eventual desrespeito a alguns direitos consagrados e apresentamos nossos questionamentos, que podem ser utilizados como uma das formas de defesa dos direitos violados.

Esperamos, por intermédio deste estudo, ter conseguido localizar alguns dos problemas enfrentados, notadamente na argumentação jurídica das decisões judiciais, em relação às quais apresentamos caminhos para o questionamento filosófico/jurídico, seja por meio de recursos judiciais, seja por meio dos mecanismos de proteção internacionais.

Palavras-chave: fundamentais; criança e adolescente; discricionariedade; estrutura das normas; interpretação.

ABSTRACT

This study analyzes human rights, conducting research of its historical evolution and structure of standards. For, in a second step, analyze the resources used for proper interpretation and possible conflicts of rights enshrined in the quest to better understand the rule, its meaning for your application. Using the still philosophical passages in order to check and analyze the scope of judicial discretion.

We made a little history caught on jurisdiction and the rights of child and teenagers until we got the current doctrines, and, in order to make more visible the applicability of the study, helped him in the "specific cases" of area.

Through the "specific cases", we demonstrate the possible disrespect to some established rights and present our questions, which can be used as a form of defense of the rights violated.

We hope through this was able to locate some of the problems, particularly in the legal arguments of judicial decisions, for which we present ways of the philosophical / legal question, either through judicial remedies or international protection mechanisms.

Keywords - human rights, child and Teenager, discretion, the structure of standards of interpretation.

INTRODUÇÃO

Com este estudo, pretendemos buscar o esclarecimento ou o aprofundamento do estudo em questões diuturnas e de importância reconhecida por instrumentos internacionais e pela própria Constituição que, no entanto, podem não ter a atenção necessária dos aplicadores do Direito no Brasil.

A expressão aplicadores do Direito aqui é utilizada para se referir a todas as pessoas responsáveis pela implementação de políticas públicas e envolvidas no atendimento destinado às crianças e aos adolescentes, sejam particulares ou integrantes de qualquer poder estatal.

Não é nosso objetivo ficarmos somente restritos à área infantojuvenil. Pretendemos utilizar esta área com a finalidade de conferir maior visibilidade prática aos temas e apresentar questionamentos que podem ser efetuados para a defesa dos direitos. Utilizar-nos-emos, com o mesmo objetivo final, da análise de questões ligadas ao portador de deficiência. O trabalho será desenvolvido de forma que o todo poderá servir para as mais diversas áreas do Direito.

Por acreditar haver violação de diversos direitos fundamentais consagrados, tentaremos demonstrar nossas ideias como possíveis formas de enfrentar a questão. Para tanto, buscaremos os antecedentes históricos dos direitos fundamentais e a sua evolução até chegarmos à doutrina da proteção integral infantojuvenil. No percurso, deparar-nos-emos com questões que sofreram grande modificação no decorrer da história, como a relação legal existente entre pais e filhos, bem como o mote interpretativo da doutrina da situação irregular prevista no Código de Menores brasileiro de 1979, que até hoje assombra os operadores de direito com argumentos do tipo “punir para proteger”.

Já no âmbito interpretativo, pretendemos verificar como a atividade ocorria no decorrer da história e constatar se os novos ares interpretativos são inéditos.

Assim, com a análise de questões como evolução dos direitos fundamentais e de sua interpretação, da jurisdição ao longo da história, passando pela observação da existência de mais de uma solução jurídica válida para as questões jurídicas concretas, verificando alguns direitos positivados e analisando alguns casos, pretendemos de uma forma sucinta e pragmática apresentar a nossa visão de uma possível não observação dos direitos consagrados, bem como apresentar alternativas de argumentação e atuação, esta não restrita a recursos ao Judiciário, para a defesa dos direitos eventualmente violados, com o fim de conferir-lhes uma

maior eficácia.

Não devemos deixar de mencionar a nossa impressão de que neste processo não linear de consagração dos direitos, no momento atual, o Brasil vive em ambiente hostil e mal informado, no qual a simples menção de defesa dos direitos humanos pode vir gerar as mais abruptas e agressivas reações, da sociedade como um todo, que vive em um ambiente permeado pela violência sem fim, a afligir a população de forma constante. Talvez, por tal motivo, o discurso da supressão de direitos em nome da segurança coletiva ganhe força, com contornos que podem ser perigosos, a nos colocar diante de situações que podem nos remeter a passagens traumáticas da sociedade humana, que de resultado nos trouxe vergonha, e à incrementação da garantia dos direitos ou mesmo levar-nos a ambiente semelhante ao início da jurisdição, em que o puro arbítrio vigorava de forma preponderante.

Os tópicos não serão abordados de forma exaustiva, já que cada um deles pode render abordagens que superam o número de páginas deste estudo.

Assim, o objetivo será de utilizar os temas como um fio condutor da origem à aplicação dos direitos na atualidade, com o propósito final de demonstrar sua posição jurídica de vantagem e a pertinência do questionamento técnico, no dia a dia, e convencional, como alternativa mais eficiente para gerar obrigações e mudanças tempestivas de postura por parte dos aplicadores da lei.

Todo estudo terá como base a esperança de que o respeito pela diversidade de opiniões juridicamente sustentáveis seja uma realidade futura, e que o presente possa servir para o incremento do debate técnico e de instrumento para a defesa dos direitos.

CAPÍTULO I

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA ORIGEM AOS CONFLITOS ENTRE AS NORMAS

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS/DIREITOS HUMANOS

1.1 Antecedentes históricos

A história e positivação dos direitos humanos, tal como a origem do Estado, não nos é clara ou incontroversa. Soma-se a isto, se formos ter pretensões universais, o fato de termos acesso mais profundo apenas à doutrina que menciona a evolução desses direitos na Europa ocidental e América do Norte, ambientes aos quais nos restringiremos.

Os direitos humanos, como limitação do poder estatal, podem transmitir uma ideia de que seu surgimento tenha sido concomitante com o da figura do Estado, mas não foi assim que aconteceu. Para uma melhor compreensão, a questão da origem dos ditos direitos pode ser colocada sob o enfoque do surgimento, somente e conjuntamente, com a figura do Estado constitucional.

Segundo aponta Isabel Cabrita, “as Declarações de Direitos das Revoluções americana e francesa são um ponto de chegada de um longo processo histórico de conscientização filosófica e jurídica da centralidade da pessoa humana na limitação do poder do Estado”¹.

Ingo Sarlet, mencionando K. Stern, apontou três etapas da história dos direitos fundamentais: “a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.”².

Isabel Cabrita, fazendo um apanhado acerca da evolução dos direitos humanos através dos tempos, diferenciou o jusnaturalismo clássico e medieval do moderno, mencionando que

¹ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 79.

² Cf. STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, v. III/I, München: C. H. Beck, 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

a ideia é um “produto da filosofia moderna do direito europeia, ou Escola do direito natural, que procede todas as suas construções raciocinando sobre a natureza do homem individual”³. Além disso, aponta o inglês John Locke como o homem que pela primeira vez expôs a ideia de direitos naturais de forma acabada ou perfeita.

Os direitos fundamentais, da forma que conhecemos hoje, não existiam nas sociedades políticas pré-modernas⁴, no entanto, aproveitando as lições do Professor Doutor Barbas Homem, temos não só o ponto de vista de que as declarações de direitos apenas reconhecem direitos que já existem mas também a questão da historicidade das palavras e dos conceitos, que podem fazer com que estes tenham o seu significado alterado com o evoluir do tempo, como, por exemplo, o conceito de liberdade e igualdade⁵, que evoluíram e tiveram seu significado alterado com o passar dos anos, a tornar válido este pequeno apanhado histórico⁶.

Exemplificando, se virmos o direito de resistência como um direito fundamental, suas raízes remontam ao limite do registro e documentação das sociedades antigas. No código de Hamurabi⁷, já havia previsão para o exercício de tal direito, ainda “na Grécia antiga se registram as ideias de Sófocles (496-406 a.C.) nas obras *Antígona*⁸ e *Édipo Rei*, e nas lições

³ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 79.

⁴ Idem, p. 78.

⁵ Idem, p. 126. Conforme aponta Isabel Cabrita -“No Estado liberal setecentista e oitocentista a propriedade era identificada como condição de liberdade e, portanto, de cidadania activa. Isto é, entendia-se que se os proprietários não estavam dependentes de ninguém, dispunham de meios para adquirir liberdade de espírito através de educação e informação e, como eram eles quem suportavam o custo das decisões políticas, através do pagamento dos impostos, acabavam por ser mais responsáveis”.

⁶ Anotação pessoal efetuada na sessão do dia 27/01/2014 da disciplina do curso de mestrado em Teoria do Direito, ministrada pelo Professor Doutor António Pedro Barbas Homem.

⁷ O monumento jurídico mais importante da antiguidade antes de Roma é o *Código de Hammurabi*, rei da Babilônia...*omissis*... O texto provavelmente redigido por volta de 1694, antes de Cristo, está gravado numa estela descoberta em Susa em 1901 e actualmente conservada em Paris no Museu do Louvre. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p.61.

⁸ “*Antígona* é uma heroína mítica, filha de Édipo e Jocasta, e principal protagonista da peça homônima de Sófocles. Após a abdicação do rei de Tebas, Édipo, que acabara tragicamente por saber-se parricida e incestuoso com sua mãe (embora ignorando-o), suceder-lhe-iam alternadamente todos os anos seus filhos Etéocles e Polínices. Mas o que primeiro se sentou no trono não cedeu a tal rotativismo, pelo que o defenestrado se aliou a forças estrangeiras, pondo cerco à cidade. A peça *Os sete contra Tebas*, de Eurípedes, revela admiravelmente esse minuet macabro nas sete portas da pólis: na última, enfrentam-se até a morte (e à desfiguração total, dirá a nova peça de Jean Anouilh) os irmãos inimigos.

Mortos assim os dois pretendentes, Creonte, irmão de Jocasta, tio e futuro sogro de *Antígona*, é elevado ao poder. Toma uma decisão drástica: um dos cadáveres (feito de bode expiatório) será condenado à exposição. E será punido com a pena capital quem, contra tal determinação, ousar a dar-lhe sepultura.

Seguindo o seu coração de irmã, *Antígona* obedece à lei natural ...*omissis*..., e ignora as ordens de Creonte (que para alguns também não teriam sido totalmente inéditas). Julgada sumarissimamente, reivindica a obediência a ditames superiores aos que o monarca pode legitimamente editar, e é condenada à morte. A sentença é executada.

de Sócrates (470-399 a.C.)...”⁹, de forma que este direito sofreu uma verdadeira evolução através do tempo, até chegar aos dias de hoje, sob diversas formas, entre elas a revolução, modo de resistência mais eficaz sob o ponto de vista da substituição global dos usurpadores.

Voltando ao jusnaturalismo clássico, este tinha como base do pensamento a justiça de Deus e na natureza por ele criada: “na visão medieval o mundo físico e o mundo dos homens só se compreendem através da referência a um fim sobrenatural de Deus”¹⁰. Já os filósofos do direito natural moderno retiram os fundamentos do pensamento divino, transferindo-os para questões racionais e terrenas como para a autoconservação na doutrina de Thomas Hobbes ou para a proteção da pessoa e bens na doutrina de John Locke. Apesar dos ensinamentos por eles professados não se afastaram de Deus completamente, houve um claro processo de laicização do pensamento. Enquanto para a visão medieval fazia-se necessária a observação das relações entre os homens nas cidades para se chegar ao Direito Natural, a visão moderna baseava-se na suposição ou definição abstrata da natureza do homem. “Para os antigos as leis não se devem reduzir a decisões dos homens mas sim respeitar a natureza das coisas.”¹¹

No Estado antigo e medieval, não havia divisão de poderes, sendo todos os poderes concentrados nas mãos dos monarcas. Até então, não havia diferenciação entre o público e o privado, de forma a tornar importante a menção de que alguns pensamentos de Thomas Hobbes e John Locke serviram como base para importantes revoluções, sendo suas ideias utilizadas como inspiração para as modificações na forma de Estado e governo até então existente.

Em conformidade com o lecionado pelo Professor Doutor António Pedro Barbas Homem¹², antes do século XVIII não havia a expressão “direito natural”. Podíamos assim considerar que os direitos até então existentes fossem os próprios direitos naturais.

Thomas Hobbes em sua obra **Leviatã** definiu o direito natural, sendo o seu escrito “apontado por alguns académicos como o primeiro texto a definir o ‘direito humano’, apesar

Antígona permanece como símbolo da luta contra a injustiça de um poder monista que se obstina em ignorar os sentimentos, a piedade, o costume e a Natureza”. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Síntese de filosofia do Direito**, Coimbra, Editora Almedina, Portugal, 2009, p. 53/54.

⁹ BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.2.

¹⁰ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 81.

¹¹ Idem, p. 83.

¹² Anotação pessoal efetuada na sessão do dia 25/11/2013 da disciplina de Teoria do Direito do curso de mestrado científico, ministrada pelo Professor Doutor António Pedro Barbas Homem.

de reconhecerem que Hobbes não inventou o termo ‘direitos humanos’ ”¹³.

John Locke foi pioneiro a se manifestar sobre os direitos, como direitos naturais, de uma forma mais completa. Uma observação que ora se faz, conforme lecionado pelo Doutor Professor Barbas Homem, acerca da genealogia das palavras ou dos conceitos, é que ao criar-se a palavra para definir algo, este algo já existe. Desta forma, reforçando o já mencionado, Locke não criou o direito natural, ele apenas criou o conceito ou foi o primeiro a se manifestar de forma mais precisa sobre os direitos como direitos naturais. Conforme lecionado pela Doutora Professora Silvia Alves, Locke sustentou que os direitos naturais alcançavam proteção efetiva por meio do direito positivo que limita o poder, apontando “o caminho do futuro: o Estado de direito.”¹⁴

Antes do séc. XVIII não existia separação entre o público e o privado, sociedade e indivíduo, ou direito natural e direito positivo. A divisão somente veio a existir por intermédio das influências de alguns autores como Immanuel Kant (1724/1804) e suas ideias acerca do liberalismo garantidor das liberdades individuais.

Ingo Sarlet, nesta linha de pensamento, manifesta: “somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas ‘gerações’ (ou dimensões) dos direitos fundamentais”¹⁵. Desta forma, somente há que se falar em direitos do homem ou direitos fundamentais a partir do constitucionalismo iniciado no final do século XVIII, sendo necessária, pois, a codificação para a proteção dos direitos. Como já mencionado, isso não significa que anteriormente não houvesse previsão dos direitos em estudo, que já possuíam delineamentos nos ensinamentos da Igreja, ou até muito antes, como, por exemplo, o direito de resistência, este reconhecido por São Tomás de Aquino, Hobbes e Locke, como forma de defesa do direito à vida para os primeiros, e à vida, liberdade e propriedade, para o último.

Apesar do constitucionalismo datar do final do séc. XVIII, a existência de uma “constituição”, como a lei básica de um Estado, remonta ao período medieval. No reino Ibérico de Leon, havia o “Floral de Leão, que foi aceito pelas Cortes, desde 1188, como pacto político civil entre os nobres e D. Afonso IX. Assegurava o Floral a boa administração da

¹³ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 113.

¹⁴ ALVES, Silvia. **As raízes setecentistas dos direitos humanos, direitos humanos e fundamentos em perspectiva**, coordenador Cláudio Brandão. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 64.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36-37.

justiça, a inviolabilidade do domicílio, o direito de propriedade, etc”¹⁶. Conforme menciona Sahid Maluf, a Magna Carta de 1215 também é considerada um marco expressivo na história do constitucionalismo, fazendo o autor ainda a ressalva de que esses documentos não tinham as características liberais; eram e se traduziam em um documento que objetivava diminuir a tensão entre os súditos e o rei, porém não limitavam efetivamente o poder deste.

Assim, “o termo <constituição> foi utilizado desde a antiguidade, mas não tinha o sentido preciso que adquiriu nos finais do séc. XVIII. No baixo Império Romano, *constitutio* era o termo usual para designar qualquer lei feita pelo imperador, na Idade Média e na época moderna mantém o sentido geral de lei, mas é utilizado concorrentemente com outros termos, muitas vezes mais usuais: *ordennances* (ordenações), estatutos, decretos, pragmáticas sanções (*pragmaticae sanctiones*)”¹⁷.

Concluindo, apesar de existirem diversas teorias a respeito, difícil é sustentar a proteção de determinados direitos, sem a existência de mecanismos para a sua efetivação por qualquer indivíduo. O próprio direito de resistência, muito confundido com tiranicídio, foi o embrião do direito de revolução¹⁸, mas não pode ser considerado como um direito fundamental como o dos dias atuais. Nos moldes do lecionado pelo Professor Doutor Jorge Miranda, entendemos direitos fundamentais como posição jurídica de vantagem quando previstos em uma Constituição¹⁹.

O caminhar destes direitos passou pelo jusnaturalismo medieval, centrado na ideia divina, ao jusnaturalismo moderno, por meio do qual houve um rompimento das ideias de centralidade do Direito em Deus, transformando como elemento central o indivíduo humano, surgindo, assim, o individualismo. O próximo passo foi o constitucionalismo.

Convém mencionar o lecionado pelo Doutor Professor José de Melo Alexandrino acerca de uma errada convicção de que o processo de institucionalização e positivação “foi linear e de desenvolvimento progressivo”²⁰, pois acontecimentos históricos como atentados,

¹⁶ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 196.

¹⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 419.

¹⁸ Vide sobre o assunto em AMBROSIO, Luiz Carlos Junior. **Direito de resistência como forma de defesa dos direitos fundamentais e da legitimidade do poder**, relatório de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

¹⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: introdução geral, apontamentos das aulas**, Lisboa, 1999, p.11.

²⁰ ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais – introdução geral**. Estoril, Principia, 2010, p. 14.

crises econômicas e guerras podem vir a interferir diretamente nos direitos do homem que estão condicionados pelo Estado e pelo Direito, e estes pela história²¹.

Vimos, assim, que os direitos fundamentais não tiveram uma evolução constante. No entanto, houve uma certa incrementação com o decorrer do tempo, vindo a se transformarem, de modo que modernamente temos uma nova acepção ou categoria de direitos fundamentais.

1.2 Os novos direitos fundamentais

Para além dos direitos fundamentais tradicionais, limitadores do poder estatal, no constitucionalismo atual surgem os direitos sociais como direitos fundamentais que passam a exigir prestações positivas por parte do Estado. Nas comentadas Declarações de Direitos Americana e Francesa, não havia qualquer previsão destes. Conforme menciona Isabel Cabrita, se referindo a Simone Goyard Fabre, estes novos paradigmas, diferentemente do reconhecimento dos direitos, criaram uma verdadeira dívida do Estado para com o cidadão, que passou a poder exigir daquele assistência e serviços²².

A autora aponta que a origem dos direitos sociais está ligada ao pensamento socializante de Karl Marx e da doutrina social da igreja, sendo que este foi um eficiente instrumento de compatibilização entre o capitalismo liberal e a desigualdade.

Os direitos fundamentais sociais surgiram justo para diminuir diversas formas de desigualdade existente entre as pessoas, transformando a função do Estado, de protetora, para ser também um produtor de serviços de consumo social²³.

Ao falamos de desigualdade, surge a questão da igualdade, que também possui significado diverso de outrora. Pelos textos mais antigos, somente o homem que tivesse propriedade é que podia ter participação na vida pública como cidadão. A escravidão era permitida, tudo a tornar legítima e evidente a desigualdade entre as classes econômicas e os gêneros. Tal cenário, com algumas modificações no decorrer do tempo, permaneceu até o surgimento da Revolução Russa de 1917, onde houve o rompimento com o capitalismo e a afirmação de direitos sociais, como o da igualdade entre todos os indivíduos, conforme

²¹ Cf. ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais – introdução geral**. Estoril, Principia, 2010, p.14.

²² CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p.157/158.

²³ Cf. FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio, *in* BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

menção Eder Bomfim Rodrigues²⁴.

O período pós-guerra foi determinante para o reconhecimento da necessidade de implementação de uma maior igualdade, como forma de proteção do ser humano diante da transformação do Estado Liberal para o Estado Social.

Nos Estados Unidos, a questão da igualdade, principalmente racial, até hoje não é pacífica. A escravidão foi abolida em 1865, porém, mesmo após muitos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos se manifesta de forma que permite a segregação, como no caso Plessy x Ferguson, que deu origem à doutrina “iguais, mas separados”, em que foi decidido como válida a punição de um jovem de ascendência negra que tinha sentado em cadeiras destinadas à população branca e se recusou a mudar de assento. A doutrina perdurou no entendimento da Suprema Corte até 1954, quando o entendimento foi modificado por intermédio da decisão proferida no caso Brown x Board, no qual a “Suprema Corte concluiu que a doutrina “separados mas iguais” não tem mais validade, sendo inconstitucional qualquer lei que venha segregar e excluir negros do acesso às iguais oportunidades educacionais”²⁵.

Atualmente, o debate ainda se encontra vivo, em especial com a questão das ações afirmativas como forma de atenuar a desigualdade em decorrência da cor da pele ou da raça do indivíduo. A decisão proferida em 2007 pela Suprema Corte no caso Crystal Meredith x Jefferson County Board of Education, em que um garoto não pôde ser matriculado em uma escola próxima de sua casa pelo fato de ser branco, que foi tomada pela diferença de 1 voto, demonstra não só a complexidade da questão, mas também sua atualidade.

Nesta sequência, podemos dizer que o reconhecimento dos direitos sociais surgiu na França, por meio da Constituição de 1948, assim “a preocupação com as condições de vida dos trabalhadores e dos pobres em geral, plasmada na Constituição francesa de 1848, reflete a influência do pensamento socialista, sobretudo da proposta de construção de um ‘novo cristianismo’”²⁶. Deve ser salientando que a ascensão política das massas foi um fator determinante para esta nova consagração.

A modernização da doutrina da Igreja, por intermédio da Encíclica *Rerum Novarum*

²⁴ RODRIGUES, Eder Bomfim. **Igualdade e ações afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil: Leituras complementares de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais** 4 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p.209.

²⁵ Idem, p. 215.

²⁶ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p.159.

do Papa Leão XIII, veio a influenciar na consagração de diversos direitos sociais na Constituição Alemã de Weimar, que, por sua vez, serviu como inspiração para o constitucionalismo europeu.

Somam-se a estes acontecimentos a crise econômica de 1929 e as modificações provocadas pelas duas grandes guerras, que possuíram grande influência para o estabelecimento desses direitos ante a necessidade de criação das “condições econômicas que assegurem a cada nação uma vida pacífica e saudável para todos os seus habitantes”²⁷.

Os direitos fundamentais não eram consagrados para todos, como para as crianças, que somente tiveram atenção especial mais recentemente. Assim, vejamos a evolução dos direitos destinados às crianças.

1.3 Apanhado histórico dos direitos fundamentais destinados às crianças e aos adolescentes

A história dos direitos fundamentais expressos e destinados especialmente para as crianças e os adolescentes é bem mais recente do que a dos direitos humanos dos adultos, por assim dizer. Conforme leciona John Gilissen²⁸, ao efetuarmos um apanhado histórico, sempre lembrando que nos limitamos ao ambiente ocidental, veremos que os filhos, jovens ou não, não eram sujeitos de direitos, já que o pai de família (*pater familias*), enquanto vivesse, era o chefe de todos os descendentes e de suas respectivas genitoras, podendo dispor dos filhos como bem entendesse, inclusive matando-os²⁹. O chefe de família também concentrava em suas mãos todo o patrimônio familiar. “Uma organização deste gênero era necessária para que o grupo familiar pudesse sobreviver face à um estado social perturbado, a costumes violentos, à fraqueza e insuficiências dos poderes públicos”.³⁰

Uma das etapas da lenta evolução desses direitos ocorreu por volta dos séculos IV e V, com os filhos que seguiam a carreira militar, já que os imperadores concediam aos membros

²⁷ Definição atribuída ao presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt. CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 164.

²⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 610 e seguintes.

²⁹ Neste sentido, PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 82. “No Direito Romano outro aspecto interessante a ser considerado é a não-existência da maioridade legal. Não havia menores, mas sim ‘impúberes’, que abandonavam tal situação quando o pai ou o tutor considerasse que eles estavam na idade de tornar seus filhos viris. Porém, púbere ou não, o filho permanecia subordinado à autoridade paterna e só se tornava ‘inteiramente’ pai de família após a morte do pai.”

³⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 612.

das forças o poder de dispor dos bens adquiridos por meio dos soldos, benefício este que foi sendo estendido aos que exerciam funções na corte imperial, aos eclesiásticos, etc. Após, com ideias cristãs a pregar que o pai, além de direitos, também possuía obrigações em relação aos filhos, e que as relações familiares deviam se pautar por afeto e caridade, houve uma evolução paulatina, deixando os pais de terem direito sobre a vida dos filhos por volta do séc. IX, conservando somente o direito de correção. Este poder, em algumas regiões da Europa, passou a ser estendido à genitora e durava somente enquanto o filho vivesse na companhia de seus genitores.

No séc. XVI é que surgiu a emancipação por meio da maioridade, sendo aquela fixada em 25 anos.

A Revolução Francesa, com ideias de igualdade, pretendeu acabar com a distinção entre filhos legítimos, ou não, e limitou o direito de correção dos genitores. No final do séc. XIX e início do XX, começa a surgir a responsabilização penal dos jovens e os primeiros tribunais de menores, sendo “uma das primeiras leis do gênero o Children Act britânico de 1908”³¹, seguido por outras como a de Portugal em 1911, já que antes do advento de leis responsabilizando os menores quem exercia a “jurisdição penal” era o genitor, que inclusive podia mandar encarcerar seus filhos.

No âmbito internacional, a primeira menção aos direitos da criança ocorreu no texto da Declaração de Genebra de 1924. Após a Segunda Guerra Mundial, “o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (fundado em 1945) recomendou ser adotada a Declaração de Genebra com o objetivo de canalizar as atenções do mundo do pós-guerra para os problemas urgentes relacionados com as crianças, e fundou no mesmo ano o Fundo das Nações Unidas para as Crianças (UNICEF). Em 1950 a Assembléia Geral das Nações Unidas decidiu que o Fundo deveria prosseguir o seu trabalho por um tempo indefinido, tendo o seu nome sido alterado para Fundo das Nações Unidas para a Infância”.³²

Em 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo no item 2 do artigo 25³³ os direitos inerentes à infância. Em 1959, surge a Declaração dos

³¹Idem, p. 620.

³²ALBUQUERQUE, Catarina. As Nações Unidas, a Convenção e o Comité, **Boletim do Ministério da Justiça**, números 83 e 84, Lisboa, 2001, p. 27.

³³Artigo 25, item 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem – “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.” <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

Direitos da Criança, reconhecendo diversos direitos de proteção e para o desenvolvimento de maneira sadia e normal, bem como ao nome, nacionalidade, segurança social, educação, etc. E, ao fim, em 20 de novembro de 1989, advém a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por Portugal³⁴ e pelo Brasil³⁵ em 1990.

A diferença principal entre a Convenção e a Declaração é que aquela torna “os Estados que nela são Partes juridicamente responsáveis pela concretização dos direitos da criança que a mesma consagra e por todas as acções que adoptem em relação às crianças, enquanto a Declaração impunha simplesmente obrigações de natureza moral”³⁶.

Vale aqui a ressalva que diante da barbárie nazista, após a Segunda Grande Guerra, é que os direitos humanos passaram a ser o centro das atenções no ambiente internacional, a colocar “o ser humano individualmente considerado como no primeiro plano do Direito Internacional Público”³⁷, pois antes questões como a soberania dos Estados e a impossibilidade de ingerência internacional nas questões internas de um país serviam como obstáculo a mecanismos de defesa dos direitos em âmbito internacional.

Como dito, os direitos não estão protegidos somente com o seu reconhecimento, surge na sequência, assim, uma forma de proteção mais efetiva dos direitos: a Constituição.

1.4 O constitucionalismo como garantia dos direitos fundamentais

Textos constitucionais mais evoluídos como lei básica de um Estado, dividindo e limitando o poder, surgiram por intermédio das revoluções liberais. A Revolução Francesa teve importância significativa nos países da Europa ocidental. A Constituição Francesa de 1791, que concentrou ideias de Locke e Rosseau, entre outros, bem como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, serviram como exemplo e inspiração para as constituições³⁸ de diversos países da Europa Ocidental e América, com característica liberal,

³⁴Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro, publicado no Diário da República, I Série A, n.º 211/90, <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dc-conv-sobre-dc.html>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

³⁵Decreto 99.710/90, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

³⁶BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família, uma questão de direito(s)**, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 15.

³⁷ CONCEIÇÃO, Hermes Siedler Jr.; PES, João Hélio Ferreira. **Os direitos das crianças e adolescentes no contexto histórico dos direitos humanos**, Direitos Humanos – Crianças e Adolescentes, coordenador João Hélio Ferreira Pes, Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 32.

³⁸ Uma nota interessante, e que não deveria ficar sem ser mencionada, é a de que “os especialistas de direito público do continente europeu afirmam que a Inglaterra é o único país <que não tem constituição>, ou seja,

voltada para o indivíduo gozar de máxima liberdade, tanto no direito privado quanto no público, conforme leciona John Gilissen³⁹.

No artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem, que é repetido na Constituição francesa, consta que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”⁴⁰.

Surge, então, a concepção de soberania nacional, regime representativo, separação dos poderes e direitos fundamentais do homem. A teoria da soberania nacional cria o arcabouço do conceito de nação, pois esta palavra tinha um significado mais estrito, já que não abrangia o povo. Assim, “em 1789, a nação é formada por aqueles que têm bens a defender”⁴¹.

Ainda de acordo com as lições de Gilissen, o regime representativo decorria justo da designação dos governantes pela nação. Repete-se, o significado desta palavra aqui é diverso do atual, tendo estes o poder de criar leis em conformidade com a constituição, sendo aquelas a única fonte de direito.

A separação de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, surge como forma de coibir abusos, estando todos subordinados à lei, única fonte de direito reconhecida. Tal fato perdurou até o início do séc. XX, quando “verificou-se uma reação que reconheceu ao costume, à jurisprudência, à doutrina, e mesmo à equidade ou aos princípios gerais do direito, uma parte importante na formação do direito”⁴².

Os Direitos Fundamentais do Homem completam os requisitos do conteúdo das constituições. “Essa doutrinação de todos os filósofos e humanistas do movimento liberal corporificou-se na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, elaborada pela Constituinte francesa de 1789, a qual, após consignar em seu artigo primeiro que “os homens nascem livres e iguais em direitos”, acrescentou, textualmente, que *Le but de toute association politique est la conservacion des droits naturels et imprescriptibles de l’homme*,

constituição escrita”. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 420.

³⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013.

⁴⁰ <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2015.

⁴¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 414.

⁴² Idem, p. 415.

direitos estes à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência contra opressão”⁴³.

Assim, a Constituição, para além da legitimação e limitação do poder, somente encontra fundamento com a concretização dos direitos fundamentais por meio dos poderes por ela criados.

Além dos direitos elencados em uma Constituição temos, atualmente, outras normas de nível constitucional que não se encontram no bojo de seu texto. Vejamos, assim, a abertura do sistema constitucional.

1.5 A abertura dos sistemas constitucionais – A força normativa dos tratados sobre direitos humanos no sistema legal interno

Por meio das cláusulas de abertura material previstas no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira e do item 1 do artigo 16 da Constituição portuguesa, o catálogo dos direitos fundamentais estabelecidos nas constituições passaram a ser incrementados com normas advindas de tratados internacionais⁴⁴, já que a interpretação diversa, segundo Sarlet, excluiria do catálogo de direitos fundamentais uma série de importantes direitos reconhecidos e consagrados em instrumentos internacionais.

Desta forma, os tratados internacionais ratificados, que versarem sobre direitos humanos, são automaticamente recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, conforme leciona o Doutor Professor Jorge Miranda, “não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser em rigor exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder apelidar-se o art. 16, nº1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais”⁴⁵.

Pode, assim, surgir questionamentos acerca do nível da norma estabelecida em tratados internacionais. Desta forma, vejamos a seguir a posição hierárquica das normas sobre

⁴³ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 213.

⁴⁴ Ingo Sarlet indica a falta de precisão terminológica acerca das espécies de normas internacionais de toda sorte e aponta que a unanimidade da doutrina assinala que o termo “tratados internacionais” engloba todos os tipos de documentos internacionais, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: introdução geral, apontamentos das aulas**, Lisboa, 1999, p. 96.

direitos humanos, estabelecidas em instrumentos internacionais, no ordenamento jurídico interno.

1.6 Posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Em conformidade com o preceituado no parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Já com relação aos demais tratados que não observaram ou venham a não observar o rito, o atual entendimento do STF acerca da natureza constitucional dos tratados internacionais, que não ingressaram no sistema normativo brasileiro em conformidade com o mencionado parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição brasileira, incluído pela emenda constitucional 45/2004, é de conferir aos tratados natureza jurídica de norma supralegal, ou seja, uma normatividade colocada em nível hierárquico inferior ao da Constituição e superior ao da legislação ordinária, tornando inaplicável toda a legislação infraconstitucional com ela conflitante.

Tal posição foi fincada na análise da possibilidade da prisão do depositário infiel em confronto com a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de pacto de São José da Costa Rica, por meio do recurso extraordinário 349.703-1⁴⁶, decisão esta que afastou a aplicabilidade do disposto na parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira, que permitia a prisão do depositário infiel. Esta decisão foi um marco e indicou mudança no posicionamento do STF nesta matéria.

Esta decisão demonstra que o atual entendimento do STF se encontra em consonância com o artigo 27 da Convenção de Viena, que ingressou no sistema normativo brasileiro por força do decreto 7.030/2009, e veda a alegação do Estado fundada em seu direito interno para

⁴⁶ Algumas frases ditas pelos Ministros por ocasião do julgamento: “*Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.*”, “*Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.*”, “*Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.*”.

justificar eventual inadimplemento de um tratado.

Cabe ainda dar destaque ao dito pelo Ministro Celso de Mello, nos autos do HC 87.585-8 TO, também na apreciação da questão acerca da possibilidade de prisão civil do depositário infiel: “É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”.

A emenda constitucional 45 ainda incluiu a disposição do inciso V e do parágrafo 5º ao artigo 109 da Constituição, que trata da competência da Justiça Federal, prevendo o deslocamento da demanda para justiça federal nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, com o objetivo de assegurar o cumprimento das obrigações advindas de tratados internacionais em qualquer fase do processo.

Aqui muito utilizamos as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, então vejamos se as expressões possuem o mesmo significado.

1.7 Terminologia. Significado das expressões direitos humanos e direitos fundamentais

A questão terminológica acerca das expressões direitos humanos, ou direitos fundamentais, que comumente são utilizadas como sinônimos, é merecedora de certa atenção. Mesmo que embora até o texto constitucional brasileiro, em diversos momentos, mencione expressões como direitos e garantias fundamentais, direitos humanos, etc, e alguns autores façam menções indiscriminadas a direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, tais palavras não possuem o mesmo significado técnico.

Para o Professor Doutor Jorge Miranda, a locução direitos fundamentais tem sido a “preferida pela doutrina e pelos textos constitucionais para designar os direitos das pessoas frente ao Estado que são objeto da Constituição.”⁴⁷

Ingo Sarlet aponta que, apesar das expressões serem utilizadas como sinônimos, elas possuem significados diversos, daí a expressão “‘direitos fundamentais’ se aplicar para

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: introdução geral, apontamentos das aulas**, Lisboa, 1999, p. 27.

aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com documentos internacionais”⁴⁸.

Para além da diferenciação mencionada, restam ainda as expressões direitos do homem e direitos humanos, que também não possuem igual significado, embora sejam muitas vezes adotadas como sinónimos.

Ingo Sarlet coloca, ainda que somente para fins didáticos e para além dos significados mencionados, que a expressão “direitos do homem” deve ser utilizada para o caso de direitos naturais não positivados⁴⁹. Maria Luísa Duarte já se posiciona pela utilização da expressão “direitos do homem” apenas para uso no plano internacional.⁵⁰

Visto isto, no caminho para conferir um resultado prático ao estudo, vejamos agora a estrutura e características das normas de direitos fundamentais.

2 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – BREVES NOTAS ACERCA DE SUA ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS

Sempre que há um direito fundamental, há uma norma de direito fundamental que o suporte. No entanto, conforme leciona Alexy, tais conceitos, direito e norma, não são semelhantes, já que, ante ao grande espectro da normatividade, pode ocorrer de existir uma norma de direito fundamental que não confere algum direito subjetivo, por isso é conveniente “tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental”⁵¹.

De acordo com o lecionado pelo Doutor Professor David Duarte, “normas de direitos fundamentais são as normas constitucionais, primárias, que atribuem situação jurídica de vantagem e como tal são qualificadas”⁵². Assim, ao identificarmos estes atributos na norma, podemos dizer que estamos diante de uma norma de direito fundamental. Na continuidade

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

⁴⁹ Idem, p. 30.

⁵⁰ DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais**, AAFDL, Lisboa, 2006, p. 32.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 51.

⁵² DUARTE, David. **Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais**, sumário fornecido na disciplina de Direitos Fundamentais C, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 24.

deste estudo, veremos cada um desses atributos. Vale, no entanto, ante ao requisito do status constitucional da norma, mencionar que devemos ficar atentos às cláusulas, ou normas de abertura material, já mencionadas, que conferem status constitucional às normas, para além daquelas que se encontram no bojo do texto das constituições.

Faremos um breve apanhado sobre alguns conceitos e classificações referentes às normas de direitos fundamentais e suas características, para, num segundo momento, analisar as hipóteses de conflitos e soluções destes. De toda sorte, tais conceitos são de extrema importância para uma compreensão e aplicação destas no âmbito da interpretação constitucional, embora nem sempre exista uma distinção nítida entre os tipos de normas existentes⁵³.

2.1 Noção geral de estrutura da norma

A estrutura de uma norma completa ou os elementos necessários para que uma norma seja completa são: previsão, estatuição e operador deôntico.

Nos dizeres do Doutor Professor João Castro Mendes, o termo regra jurídica e palavras próximas, como disposição, preceito e lei, possuem vários significados, porém, “no sentido restrito e próprio, que corresponde à forma típica ou paradigmática da figura, exprime ligação à representação de um acontecimento ou situação da vida social, como consequente da necessidade de uma conduta traçada em termos gerais e abstratos. A representação do evento ou situação da vida diz-se previsão da norma; o estabelecimento, como consequente, da necessidade de uma conduta, diz-se estatuição. Por isso, pode-se definir a regra como a ligação de uma estatuição à previsão de um evento ou situação”⁵⁴.

Previsão

A previsão é o acontecimento futuro previsto de forma geral e abstrata, podendo também ser um acontecimento específico, como o término de um mandato de um chefe de Estado, exemplificado por Castro Mendes.

O mesmo autor exemplifica que a previsão pode não estar clara como no caso da

⁵³ Cf. VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.110.

⁵⁴ MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do Direito**, 3ª edição, Pedro Ferreira Editora, Lisboa, 2010, p. 39.

previsão de não matar.

Na previsão, se estabelece a hipótese de aplicação da norma. É a conduta ou o acontecimento esperado.

Na previsão, se definem as condições que hão de estar presentes para que a norma incida e seus efeitos se produzam.

Estatuição

Estatuição é o acontecimento esperado pela incidência da norma, isto é, do preenchimento da previsão normativa. É a consequência ou efeito esperado ou não pela realização da previsão. É o dever ou a obrigação dirigida às pessoas com o fim de que elas façam ou deixem de fazer algo.

Castro Mendes exemplifica com a disposição do item 1 do artigo 1323 do Código Civil Português, no qual a previsão está na disposição “aquele que encontrar animal ou coisa móvel perdida e souber a quem pertence” e o dever de restituir a coisa ou o animal a seu dono ou avisá-lo do achado é a estatuição⁵⁵.

Operador deôntico

O operador deôntico pode se revestir como uma permissão, no caso a conduta poder ser ou não realizada; uma imposição, neste caso a conduta deve ser realizada; ou uma proibição, quando a conduta não pode ser realizada. Estabelece o “dever ser”, unindo a previsão à estatuição da norma.

2.2 Destinatários das normas de direitos fundamentais

Por fim, devemos delimitar os sujeitos da estatuição, que podem ser diretos ou indiretos. Para tanto, nos socorrendo das lições de Ingo Sarlet⁵⁶, sujeito da estatuição direto, por ele denominado destinatário, “é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.” Já sujeito de estatuição indireto é o titular do direito.

⁵⁵ Idem, p. 41.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 211-213.

Com relação ao sujeito da estatuição indireto, a Constituição no caput do artigo 5º reconhece como titulares de direito fundamental os brasileiros e os estrangeiros residentes no país, sendo que os estrangeiros não podem exercer alguns direitos a eles limitados por serem de titularidade exclusiva de brasileiros, como exercer cargo de Presidente da República, Vice-Presidente, etc, bem como serem vedados a explorar recursos minerais e proprietários de empresa de radiodifusão.

De outro lado, existem direitos fundamentais somente exercidos por estrangeiros como o direito ao asilo político e a invocação da condição de refugiado.

Com relação aos estrangeiros não residentes, Ingo Sarlet menciona que o texto constitucional deve ser interpretado de forma a conferir proteção dos direitos fundamentais a qualquer pessoa, devendo ser procedida uma interpretação “teleológica e sistemática.”⁵⁷. Éeste o posicionamento atual do STF, conforme o decidido nos autos do Habeas Corpus nº 103311/PR ⁵⁸.

2.3 Norma e enunciado normativo

Norma, de uma forma muito objetiva, seria o comando que proíbe, permite ou obriga algo ainda que não constem estas terminologias em seu texto, como as normas de direito penal, ou mesmo sem haver um texto, como as luzes de um sinal de trânsito, conforme exemplificado por Alexy⁵⁹.

Enunciado normativo é o próprio texto legal e, de acordo com Alexy, “norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo”⁶⁰. De um enunciado normativo, ou propriamente do texto legal, podemos obter mais de uma norma, ou seja, mais de um comando. E, de forma oposta, em diversos enunciados normativos podemos ter apenas uma norma⁶¹.

⁵⁷ Idem, p. 214.

⁵⁸ Habeas Corpus nº 103311/PR – “o súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do ‘status libertatis’ e que lhe garantam a observância, pelo poder público, da cláusula constitucional do ‘due process’”. Julgado em 07/06/2011.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54.

⁶⁰ Idem, p. 54.

⁶¹ No caso da seguinte disposição do item 4 da alínea C do artigo 23 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no

2.4 Normas primárias e secundárias

De acordo com as lições de Hart, ao diferenciar regras primárias de secundárias, há em uma sociedade necessidade de existirem regras que assegurem a alguém o poder de criar, modificar ou extinguir regras, para além daquelas que impõem algum dever. As que impõem dever são as regras primárias, já as que conferem o poder ou indicam a forma de exercê-lo são as regras secundárias⁶². Utilizando os exemplos de Dworkin, as regras que nos impedem de roubar, assassinar ou dirigir em velocidade excessiva são exemplos de regras primárias, no entanto aquelas que estabelecem por quem tais regras podem ser postas em vigor, declaradas legais, modificadas ou abolidas, como o Congresso é composto, a forma de criação dos contratos e execução de testamentos, são exemplos de regras secundárias⁶³.

2.5 Normas regra e normas princípio

A diferenciação entre regras e princípios jurídicos segundo Dworkin é de natureza lógica: “os dois conjuntos padrões apontam para decisões particulares acerca de obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis a maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”⁶⁴ Já os princípios, ainda de acordo com Dworkin, possuem uma dimensão de peso ou importância e, quando eles se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito deverá considerar a força relativa de cada um⁶⁵.

Alexy menciona a existência de diversos critérios para a diferenciação entre regras e princípios, alertando que a diferenciação não está no operador deôntico, ou seja, permitir, proibir ou impor algo, já que ambos os comandos podem conter tais expressões. Para ele, o critério da generalidade utilizado por Hart, para o qual “os princípios são, relativamente à

superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais.” <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015, 21:32min. Temos um enunciado normativo, com diversas normas como: uma criança não pode ser separada dos pais contra a vontade destes, que em nenhum caso pode haver a separação da criança dos pais sob a alegação de deficiência de um deles, entre outras.

⁶² Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, tradução A. Ribeiro Mendes, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 91.

⁶³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 31.

⁶⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 39.

⁶⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 42.

regras, extensos, gerais ou não específicos no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado com um número de regras diferentes pode ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio”⁶⁶, ou por Guilherme Pena de Moraes, para o qual “as regras são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações fáticas e prescrevem condutas intersubjetivas”, e princípios “são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das leis”⁶⁷, não é satisfatório e menciona que “não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério a avaliação de argumentos jurídicos”⁶⁸.

Concluindo, Alexy se posiciona pela diferenciação entre regras e princípios na medida em que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo verdadeiros mandados de otimização a serem satisfeitos em graus variados, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, sendo o âmbito destas últimas determinado pelo resultado da colisão entre as regras e os princípios aplicáveis ao caso concreto⁶⁹. Já as regras para o autor, nos mesmos moldes do sustentado por Dworkin, “são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos”⁷⁰.

Dworkin faz uma exemplificação com a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos que determina que o congresso não pode cercear a liberdade de expressão, a evidenciar que se trata de uma regra. No entanto, caso a mesma entre em conflito com outra disposição que tutele um bem jurídico de maior valor, como a segurança pública, atuará como um princípio a ser observado na maior medida possível.

⁶⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, tradução A. Ribeiro Mendes, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 322.

⁶⁷ MORAES, Guilherme Pena. **Teoria da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 100/101.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 89.

⁶⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 91.

2.6 Princípio e valor – Significado jurídico e diferenciação

2.6.1 Significado jurídico de valor

Alexy em sua obra, ao começar discorrer sobre princípio e valor, comenta a semelhança entre os dois e a forte relação entre eles, colocando que “de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e sopesamento entre valores, de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal* em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máxima em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo”⁷¹.

Prosseguindo na explicação, Alexy aponta que fica evidente a diferenciação entre valor e princípio quando se “observa uma diferença fundamental na utilização da expressão ‘valor’: a diferença entre a constatação de que algo tem um valor e que algo é um valor”⁷².

Ao se dizer que algo tem valor, é efetuado um juízo de valor por meio de uma valoração. Ainda segundo Alexy, os juízos de valoração podem ser classificados em:

- a) Classificatório – exemplificando o juízo sobre alguma Constituição, se é boa ou ruim, podendo, assim, os objetos serem valorados em positivos, negativos ou neutros.
- b) Comparativo – ao fazer juízo sobre a comparação entre dois objetos, qual tem o maior valor ou se possuem o mesmo valor.
- c) Métrico – seria o mais preciso, ao atribuir-se números; o exemplo dado foi do valor de um terreno.

Logo, valor seria o atribuído ao bem em classificações como: bom ou negativo ou valer tantos Reais. O critério da valoração, ou o juízo sobre algo que possui um valor, seria o significado de “valor” quando se diz que algo é um valor. O bem não pode ser considerado como valor técnico jurídico, mas, sim, a sua valoração. Alexy assim coloca que “não são os objetos, mas os critérios da valoração que devem ser designados como ‘valor’”⁷³.

* Ele se refere ao Tribunal Constitucional alemão.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 144.

⁷² Idem, p. 147.

⁷³ Idem, p. 150.

2.6.2 Diferenciação entre princípio e valor

Apesar da evidente semelhança entre princípio e valor, em nível de conceito, há diferenciações a tornar necessária esta menção e a apresentação, ainda que passageira, das diferenças, já que não é raro enfrentar acórdãos com tais terminologias e diferenciações⁷⁴.

Alexy, utilizando dos ensinamentos de Von Wright⁷⁵, apresenta diferenciação entre conceitos práticos deontológicos, axiológicos e antropológicos.

Deontológicos – seriam os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo, que podem ser reduzidos a conceitos de dever ou dever-ser.

Axiológicos – seria o conceito de bom. Como exemplificado por Alexy: bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático ou compatível com o Estado de Direito.

Antropológicos – seriam os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.

Dito isso, Alexy estabelece uma diferença básica entre os conceitos de princípio de valor ao dizer que os princípios como mandamento de otimização pertencem ao campo deontológico; já os valores fazem parte do axiológico. Assim, para o autor, quando lidamos com princípios, estamos na seara do dever-ser; já quando lidamos com valores, estamos na seara do bom.

Como vimos, uma norma pode ser não aplicada em determinado caso, quando eventualmente venha a colidir com outra de maior valoração no caso concreto, mas tais normas continuam válidas no ordenamento jurídico. Essa característica é conhecida como derrotabilidade. É o que veremos a seguir.

2.7 Derrotabilidade das normas de direito fundamental

André Rufino do Vale menciona Hart dizendo que esse adjetivo era utilizado para qualificar uma condição *sui generis* dos conceitos jurídicos, que se manifesta na impossibilidade de se prever todas as hipóteses de aplicação ou não de normas nos casos

⁷⁴ Vide voto Ministro Eros Grau na ADPF 101, <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

⁷⁵ Idem, p. 145.

concretos⁷⁶.

Assim, diante desta impossibilidade, o fenômeno da derrotabilidade é aplicável a princípios e regras, uma vez que a aplicação de uma norma depende da análise de todas as demais normas relativas ao caso em questão e, no caso de ser impossível a aplicação de alguma, através do fenômeno da derrotabilidade, esta poderá não ser aplicada, no todo ou em parte, conforme o caso.

André Rufino assim leciona⁷⁷: “Afirmar que uma norma jurídica é “derrotável” equivale a dizer que ela está sujeita a exceções (implícitas) que não podem ser exaustivamente identificadas previamente, de forma que não é possível antecipar quais as circunstâncias que serão determinantes e suficientes para sua aplicação”.

Conforme leciona o Professor Doutor David Duarte, “a derrotabilidade é uma propriedade que implica, por conseguinte, que todas as normas são apenas aplicáveis *prima facie*. A aplicabilidade de uma norma fica condicionada ao apuramento de outras também eventualmente aplicáveis, que entram por esta via numa situação de conflito normativo com a norma eventualmente derrotável. A aplicabilidade definitiva de uma norma só ocorre, portanto, após a resolução do conflito que assim potencialmente se gera”⁷⁸.

Um dado característico da derrotabilidade, e muito importante, é que o afastamento da norma se dá somente no caso em concreto, sendo que para outros casos a norma derrotada continuará válida e aplicável.

Esta não aplicação de uma regra constitucional válida não está afeta à discricionariedade, já que há necessidade de clara motivação e fundamentação para fins de justificação do afastamento, sem que se comprometa o sistema legal e mantenha-se a segurança jurídica. Apesar de não existirem direitos absolutos, certo é que a propriedade da derrotabilidade não é aplicável nas zonas de certeza nas normas. Com isso, dizemos que, em princípio, a derrotabilidade ocorrerá somente nas zonas de incerteza das normas. Na prática, isto significa que, nos casos onde não há incerteza, não se mostra correta a não aplicação da

⁷⁶ VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116, nota 258.

⁷⁷ Idem, p. 117.

⁷⁸ DUARTE, David. **Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais**, sumário fornecido na disciplina de Direitos Fundamentais C, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 6.

norma ao argumento da derrotabilidade. “A existência da zona de penumbra – que, ressalte-se, é contingente – não desconstitui a característica previsibilidade do direito, devido à sua coexistência com a zona de certeza.”⁷⁹

Dada esta característica, advinda dos possíveis e constantes conflitos das normas, faz-se necessário o trabalho de interpretação com o fim de verificar o sentido das normas ou seus eventuais conflitos.

3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para o correto ou melhor entendimento e aplicação de uma regra jurídica, sempre haverá necessidade de interpretação, uma vez que somente através desta é que se torna possível não só aplicação das normas, mas também dizer o que está ordenado, proibido e permitido⁸⁰, de modo a orientar a vida em sociedade.

A interpretação deve ser efetuada nos mais diversos níveis, desde a produção das leis até as decisões administrativas.

Para João de Castro Mendes, “a interpretação é a determinação ou fixação do exacto sentido e alcance de uma regra”⁸¹. Observa ainda o autor que todo texto normativo necessita de interpretação, pois sempre haverá necessidade de buscar o entendimento ou a compreensão da norma, podendo a interpretação ser mais ou menos fácil, sendo, porém, sempre necessária.

“A interpretação da lei deve responder à indagação de como se consegue extrair da norma geral da lei, em sua aplicação à uma situação de fato concreta, a norma individual correspondente de uma sentença judicial ou um ato administrativo”⁸².

Sempre devemos recorrer à técnica de interpretação, pois a simples apreciação do significado da norma, sem mais critérios e inteiramente livre, “apresenta o perigo, inerente a toda liberdade ilimitada do exame, de dar lugar e resultados divergentes, segundo as

⁷⁹ VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

⁸⁰ Cf. GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 192.

⁸¹ MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do Direito**, 3ª edição, Pedro Ferreira Editora, Lisboa, 2010, p. 171.

⁸² BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 111.

perspectivas subjetivas e os interesses dos intérpretes⁸³”. Assim, com a ciência da interpretação objetiva-se “circunscrever a margem mais estreita possível a incerteza e a incompletude da tarefa hermenêutica e, com elas, o perigo de uma pluralidade indefinida de interpretações diferentes, divergentes umas das outras”⁸⁴.

Uma das características das normas de direitos fundamentais é de que as mesmas possuem nível constitucional⁸⁵. Assim, ao tratarmos de interpretação de normas de direitos fundamentais, a bem da verdade, podemos dizer que, de uma certa forma, estamos diante da interpretação de normas constitucionais, surgindo de pronto a questão se a interpretação constitucional, em linhas gerais, difere da interpretação das demais normas.

Diante da particularidade de que grande parte das normas de direitos fundamentais se traduz em enunciados de princípios, André Rufino do Vale diz que a atividade demanda um “tipo especializado de interpretação”⁸⁶, apesar de se posicionar e dizer que para realizar a interpretação constitucional deve-se recorrer à teoria geral de interpretação jurídica⁸⁷ ou, como alguns dizem, à hermenêutica, que é a teoria da interpretação, com a finalidade de buscar um significado para as prescrições normativas ou mesmo para a resolução de um caso em concreto⁸⁸.

O Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito menciona que os métodos tradicionais são importantes para uma teoria de interpretação constitucional, mas estes não são suficientes para a atividade, diante da necessidade de harmonização dos postulados da unidade e identidade constitucional⁸⁹.

O Professor Doutor Jorge Miranda leciona que, a bem da verdade, “não se interpretam as normas constitucionais, como não se interpreta nenhuma norma. Interpretam-se, sim, as expressões verbais, os enunciados linguísticos, as disposições, os preceitos, os artigos da

⁸³ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 171.

⁸⁴ Idem, p. 174.

⁸⁵ Caso possuam nível infraconstitucional, devem ter obrigatoriamente suporte em uma norma de nível constitucional. Vale aqui a observação de que o STF adota posição que cria a figura das normas supraconstitucionais, conforme visto no item posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico.

⁸⁶ VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

⁸⁷ Idem, p. 16.

⁸⁸ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do Direito** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p.188.

⁸⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. **Lições de introdução à Teoria da Constituição**, Lisboa, 2013, p. 162.

Constituição e é o seu sentido que equivale a uma norma⁹⁰”.

3.1 Espécies de interpretação pela fonte

Utilizando-nos dos ensinamentos do professor João de Castro Mendes podemos dizer, de uma forma geral, que a interpretação das normas conforme a fonte podem ser⁹¹:

Autêntica – é a interpretação efetuada através de lei interpretativa, de nível igual ou superior à regra interpretada.

Oficial – é a feita em lei de nível inferior ao da norma a ser interpretada.

Judicial – é a efetuada pelos Tribunais.

Doutrinal ou particular – é a efetuada pelos doutrinadores e juristas.

J. Dias Marques ainda diferencia a autointerpretação, que é provida pela própria autoridade que criou a lei, que, no entanto, também pode ser realizada por parte de outra autoridade administrativa com o fim de esclarecer o alcance de uma norma por meio de atos administrativos, etc, e a hetero-interpretação, que é a realizada pelos Tribunais, órgãos administrativos, etc⁹².

3.2 Elementos da interpretação

Segundo Alexy, interpretação é argumentação⁹³. Assim, após buscar o sentido das normas, no momento posterior da aplicação, deve o hermenauta justificar juridicamente a escolha efetuada, estando à sua disposição os elementos (ou argumentos) da interpretação e as regras de interpretação. E deve estar sempre atento às seguintes regras de interpretação: a) presume-se que o legislador “consagrou as soluções acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, ...; b) que não há regras, frases ou mesmo palavras

⁹⁰ MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: introdução geral, apontamentos das aulas**, Lisboa, 1999, p.314.

⁹¹ MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do Direito**, 3ª edição, Pedro Ferreira Editora, Lisboa, 2010, p. 172.

⁹² MARQUES, J. Dias. **Introdução ao estudo do Direito**. 2 ed. Lisboa, 1994, p. 136.

⁹³ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*, Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main, p. 86. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso**, tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78, apud, GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 193.

inúteis”⁹⁴; c) que a lei não impõe impossíveis e que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir; d) que a regra especial prevalece sobre a geral; e) quando a regra é obscura, sua interpretação deve ser restritiva.

Os elementos/argumentos da interpretação seriam:

Linguístico

É a interpretação da norma de acordo com a linguagem cotidiana de determinada localidade ou de suas regras gramaticais, “se uma norma jurídica é inteligível no contexto da linguagem ordinária, então ela deve ser interpretada conforme o significado que um falante comum iria lhe atribuir como o seu significado óbvio”⁹⁵. No entanto, se estivermos diante de regras sobre normas técnicas, “então ela deve ser interpretada conforme o sentido dos termos e das frases técnicas e não no sentido corrente”⁹⁶.

A interpretação da lei “baseada fundamentalmente no elenco literal diz-se literal ou gramatical, ou exegese. A exegese da lei é portanto a primeira tarefa do intérprete: lê-la, atendendo ao sentido dos termos e à sua correlação”⁹⁷.

Como dito por João Castro Mendes, o argumento literal é necessário, mas não suficiente, visto que a utilização deste critério pode conduzir a resultados nefastos ou não aceitáveis. Também se pode dizer que “a força do argumento semântico é fraca quando a disposição jurídica interpretada apresenta palavras semanticamente abertas ou cláusulas gerais com expressões valorativas como razoável, perigoso, boa-fé, saúde, dignidade humana, etc”⁹⁸. De qualquer modo, a interpretação literal deve ser utilizada juntamente com outras formas de interpretação com o fim de buscar a real expressão da norma.

Histórico

Através da interpretação histórica, o intérprete busca o sentido da lei se socorrendo desde os trabalhos legislativos e do ordenamento jurídico da época até o momento em que a

⁹⁴ MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do Direito**, 3ª edição, Pedro Ferreira Editora, Lisboa, 2010, p. 171, p. 183.

⁹⁵ GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 194.

⁹⁶ Idem, p. 194.

⁹⁷ MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do Direito**, 3ª edição, Pedro Ferreira Editora, Lisboa, 2010, p. 177.

⁹⁸ GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 196.

lei foi elaborada. Assim como a interpretação literal, a interpretação histórica necessita de outras formas de interpretação para atingir a finalidade real da lei.

Sistemático

Utiliza-se a interpretação sistemática para, através da análise de determinada norma, juntamente com as demais normas de um ordenamento jurídico, buscar a sua lógica, já que o ordenamento não prevê contradições. Utilizando as palavras do Ministro Eros Grau em seu voto na ADPF 101: “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta o direito isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”⁹⁹.

“Os argumentos sistemáticos se referem à unidade ou coerência do sistema jurídico, contribuindo decisivamente para a inteligibilidade do Direito”¹⁰⁰.

Teleológico

O Direito é um sistema de limites do poder e assim deve ser interpretado. Cada norma tem uma finalidade específica, devendo o intérprete sempre investigar o alcance da norma, sem perder a noção de limitação do poder¹⁰¹. As disposições jurídicas não surgem do nada, elas se destinam a suprir determinada necessidade da vida, estando, portanto, sempre acompanhadas de razões que a justificam, devendo a interpretação, entre as possíveis, buscar alcançar os objetivos da norma¹⁰². O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que preconiza: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, é uma máxima da interpretação teleológica ou do argumento teleológico.

Embora todos os argumentos de interpretação se relacionem e sejam utilizados concomitantemente, o argumento teleológico é apontado pela doutrina como o que deve prevalecer na hipótese da utilização de dois critérios apontarem para soluções diferentes.

⁹⁹ Trecho do voto na ADPF 101, proferido pelo Ministro Eros Grau.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*, Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main, p. 86. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso**, tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 72, apud, GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 198.

¹⁰¹ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do Direito** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 201.

¹⁰² Cf. GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 200.

3.3 Postulados da interpretação constitucional

Nas lições do Professor Doutor Jorge Miranda, “entender e querer realizar a Constituição como Constituição normativa implica em aceitar cinco postulados: o da unidade, o da identidade, o da adequação, ou de concordância prática, o da efetividade e o da supremacia”¹⁰³.

Pelo postulado da unidade, a busca será da coerência e harmonia das normas, a superar eventuais contradições, sendo a unidade da constituição a chave do postulado da identidade¹⁰⁴, devendo o intérprete “enquadrar cada norma no seu contexto, numa perspectiva material que tenha a realidade subjacente às normas”.

Temos como adequação os fins buscados pelas normas constitucionais através de seus princípios; deste modo, a interpretação deve buscar resultados que sejam com aqueles compatíveis.

A efetividade “decorre da incindibilidade da interpretação e da aplicação... a todos os artigos, números, alíneas do texto constitucional, há de ser encontrada uma função útil no ordenamento... Constituição vigente e efetiva é aquela que é vigente e efetiva hoje e para hoje”¹⁰⁵.

Já o postulado da supremacia dita que a lei e toda legislação infraconstitucional é que devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, e não o contrário.

Como observa o Professor Miguel Nogueira de Brito, esses postulados evidenciam que os critérios tradicionais podem não ser suficientes para a interpretação constitucional¹⁰⁶.

3.4 Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo se evidencia como uma corrente doutrinária que privilegia a utilização dos textos constitucionais para a solução dos casos jurídicos e confere uma força interpretativa maior aos seus princípios. Grandes expositores desta corrente, cada um a sua maneira, são os autores, muito mencionados neste estudo, Robert Alexy e Ronald Dworkin.

¹⁰³ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, v. I, Editora Coimbra, 2014, p. 320.

¹⁰⁴ Cf. MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, v. I, Editora Coimbra, 2014, p. 320 e BRITO, Miguel Nogueira de. **Lições de introdução à Teoria da Constituição**, Lisboa, 2013, p. 161.

¹⁰⁵ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, v. I, Editora Coimbra, 2014, p. 324.

¹⁰⁶ Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. **Lições de introdução à Teoria da Constituição**, Lisboa, 2013, p. 162.

Cumpra fazer a ressalva de que, principalmente, Dworkin viveu em ambiente jurídico diverso do brasileiro.

Como aponta André Rufino do Vale, as teorias neoconstitucionalistas preconizam a primazia dos princípios, a ponderação como forma de resolução de conflitos, a irradiação das normas constitucionais para todo o Direito, inclusive para relações particulares, um maior protagonismo do juiz na tarefa de interpretação e uma conexão entre o Direito e a moral¹⁰⁷. O autor, se referindo a Pietro Sanchis¹⁰⁸, que por sua vez se inspirou em Alexy¹⁰⁹, traça o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador”.

O neoconstitucionalismo como a constitucionalização do ordenamento jurídico, segundo Josep Aguiló Regla, se referindo a Guastini, “es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse em mayor o menor medida em un orden jurídico determinado”¹¹⁰. Tais fatores, interpretados com certa liberdade, são os seguintes¹¹¹:

- Ordenamento jurídico com Constituição rígida que incorpora uma relação de direitos fundamentais.
- Garantia jurisdicional da Constituição.
- Força normativa vinculante da Constituição, de modo que todos os seus enunciados são interpretados, independentemente de sua estrutura ou conteúdo, desaparecendo a figura das normas programáticas.
- Sobreinterpretação constitucional, a conferir uma interpretação extensiva de forma que do texto constitucional pode-se extrair grande quantidade de normas e princípios.
- As normas constitucionais possam ser aplicadas diretamente por qualquer juiz e em qualquer tipo de caso, até nas relações privadas.
- Interpretação da lei conforme a constituição, de forma a descartar por inconstitucionalidade aquelas que forem incompatíveis com a Constituição.

¹⁰⁷ VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

¹⁰⁸ Apud, VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.23. SANCHIS, Pietro. **Ley, principios y derechos fundamentales**, Dykinson, Madrid, 1998, p. 101.

¹⁰⁹ Apud, VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.23. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p.160.

¹¹⁰ REGLA, Josep Aguiló, positivismo e postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras, **Revista Doxa**, Espanha, volume 30, 2007, p. 666.

¹¹¹ Relação extraída dos ensinamentos de REGLA, Josep Aguiló, positivismo e postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras, **Revista Doxa**, Espanha, volume 30, 2007, p. 666.

Analizadas as formas de interpretação, passaremos agora, com a ideia de como obter o significado da norma, à análise da importante questão dos conflitos das normas de direito fundamental.

4 CONFLITOS DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS FORMAS DE SUA RESOLUÇÃO

A extensão do catálogo de direitos fundamentais, bem como a evolução constante da sociedade, faz com que se torne inevitável a colisão entre diversos direitos fundamentais, que, por sua vez, podem ter diversos titulares em posições antagônicas.

É da natureza do Direito a existência de conflitos e antinomias; logo, sempre haverá necessidade da hermenêutica para se efetuar a interpretação das normas, de forma a compatibilizá-las, se possível, e atender os anseios do sistema jurídico e da sociedade.

Os conflitos podem ocorrer das mais diversas formas, conforme leciona Norberto Bobbio: pode haver antinomia quando uma norma ordena fazer algo e outra proíbe fazê-lo; quando uma ordena e outra permite não fazer; ou ainda quando uma norma proíbe e outra permite¹¹².

Pode haver conflito de um mesmo direito fundamental sustentado por dois titulares diferentes, como o direito à vida. Utilizamo-nos, neste momento, do exemplo mencionado pelo Professor Doutor David Duarte em uma das sessões do mestrado científico em Teoria do Direito de 2013/2014, de em uma situação hipotética haver em determinado local somente uma ampola de antídoto, ou soro antiofídico, com quantidade suficiente para tratar somente de uma pessoa e haverem duas pessoas feridas mortalmente por animal peçonhento, ambas necessitando do único medicamento para o tratamento. Haverá no caso, conflito da norma consigo própria, ou seja, o direito à vida de uma pessoa com o direito à vida da outra. Pode ainda haver conflito entre um direito individual e um coletivo, como em casos de direito de propriedade e direitos coletivos do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme julgado na ADPF 101, ocasião na qual o STF se pronunciou sobre a validade da proibição de importação de pneus usados.

O professor Doutor David Duarte aponta a existência de dois pressupostos para que

¹¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 85.

ocorra o conflito normativo: a) sobreposição de previsões em que “a mesma situação da vida preenche, total ou parcialmente a previsão de mais de uma norma (ou da mesma norma sob distintos sujeitos da estatuição directos)”¹¹³; b) incompatibilidade de efeitos em que há incompatibilidade nos comandos de permitir, proibir ou impor algo, como no exemplo dado pelo professor: a liberdade de expressão é permitida, mas é proibido através desta ofender a honra de alguém.

Para Norberto Bobbio, “a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”¹¹⁴, para ocorrer, as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e possuírem o mesmo âmbito de validade, como:

Âmbito de validade temporal – normas que estabeleçam o mesmo espaço de tempo. Ex.: das 19:00 às 21:00h.

Âmbito de validade espacial – normas que estabeleçam o mesmo local. Ex.: em espaços abertos ao público.

Âmbito de validade pessoal – normas que estabeleçam circunstâncias pessoais idênticas. Ex.: menores de 18 anos.

A validade material significa que a abrangência da norma somente atinge uma determinada conduta, sem atingir outra semelhante, por exemplo, é proibido fumar charutos não é incompatível com é permitido fumar cigarros¹¹⁵.

Bobbio ainda diferencia antinomia jurídica imprópria, que é a situação produzida pelo encontro de duas normas incompatíveis, de antinomias de princípio, que seria a antinomia de princípios de um ordenamento jurídico inspirado em valores contrapostos como liberdade e segurança, ou meio ambiente e propriedade, que, embora não sejam antinomias propriamente ditas, podem gerar situações de antinomia e antinomias teleológicas, que ocorre entre a norma

¹¹³ DUARTE, David. **Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais**, sumário fornecido na disciplina de Direitos Fundamentais C, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 59.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 87.

¹¹⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 88.

que prescreve o meio para alcançar o fim e a que prescreve o fim. Sendo assim, se aplicarmos a norma meio, não chegaremos à sua finalidade¹¹⁶.

Identificadas as colisões de normas de direito fundamental, devemos resolver estes conflitos, pelo que passaremos agora analisar os métodos de solução desses conflitos.

4.1 Critérios clássicos para solução de conflito de normas

Identificado o conflito, ele deve ser resolvido pelo hermenêuta. Para realizar esta tarefa, este deve se socorrer de elementos técnico-jurídicos para buscar a solução caso a resolução do conflito seja possível. Os métodos dos quais o intérprete pode se valer, inicialmente, são os métodos clássicos de solução dos conflitos normativos: posteridade, especialidade e hierárquico.

Critério cronológico ou posteridade

Lex posterior derogat legi priori. De uma forma geral, já que há hipótese de ultra-atividade de lei, a norma posterior revoga a anterior no que for incompatível com a mais antiga. Esta expressão é um princípio geral de Direito, consolidado na doutrina e nos tribunais, e serve como critério de solução de antinomia entre leis infraconstitucionais, pois diante do princípio da unidade da Constituição, e do fato de que a Constituição é promulgada em um único momento, tal princípio, em tese, não se aplicaria à solução de conflitos entre normas constitucionais. De toda sorte, vale aqui a menção de que este é um critério lógico, já que qualquer interpretação contrária, ou seja, de conferir validade à lei anterior, equivaleria a amarrar a evolução. No dizer de Bobbio, “a regra contrária obstaría o progresso jurídico, a adaptação gradual do Direito às exigências sociais, ... Além disso, presume-se que o legislador queira fazer coisa inútil e sem finalidade: se devesse prevalecer a norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade¹¹⁷”.

Aqui não se esquece da hipótese das emendas constitucionais, que são editadas em momento posterior ao texto maior. No entanto, a antinomia entre o texto constitucional e a emenda não é resolvida pelo critério cronológico, mas, sim, pela inconstitucionalidade da norma superveniente que for incompatível com o texto constitucional.

¹¹⁶ Idem, p. 90.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 93.

De tudo, ante a diversidade de direitos fundamentais e diante das cláusulas de abertura material e da supralegalidade dos tratados, ficamos com a ideia de que o critério cronológico é aplicável sempre que duas normas forem incompatíveis e sucessivas¹¹⁸.

Critério da especialidade

Lex specialis derogat legi generali. O critério da especialidade é aplicável quando há um conflito entre uma norma que possui âmbito de atuação mais amplo e outra com âmbito mais restrito; esta segunda, com característica de abrangência e especificidade maiores. Isso acontece, por exemplo, quando surge uma nova lei regulamentando, especificamente, uma questão que genericamente foi regulada no Código Civil ou Penal: esta segunda lei derrogará as previsões do código no que for incompatível com ele.

No dizer de Bobbio, o objetivo da passagem da regra mais extensa para uma derogatória, menos extensa, é justo para por questão de justiça conferir um tratamento diferenciado a pessoas que fazem parte de categorias diferentes, de modo a conferir tratamento igual a pessoas de uma mesma categoria e tratar diferencialmente pessoas que pertencem a categorias diversas. A passagem, então, seria a descoberta pelo legislador desta diferenciação, que ocorre de forma gradual. Então, a regra da especialidade seria a especialização gradual, através de leis. Do mesmo modo que o critério cronológico, a não utilização do critério representaria a paralisação do desenvolvimento de um ordenamento¹¹⁹.

Critério hierárquico

Lex superior derogat inferiori. O critério de solução de conflitos através da hierarquia das normas é o que determina a aplicação da norma de nível hierárquico superior em detrimento da inferior. No campo dos conflitos de normas constitucionais, este critério pouco ajuda para a solução das questões, já que em sede constitucional todas as regras possuem o mesmo nível hierárquico. Vale, no entanto, a ressalva da possibilidade da regra infraconstitucional encontrar um princípio constitucional que a suporte, hipótese na qual o verdadeiro conflito ocorrerá entre o princípio que a suporta e o princípio constitucional com o

¹¹⁸ Idem, p. 97.

¹¹⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 96.

qual colide, conforme leciona o Professor Doutor David Duarte¹²⁰.

4.2 Ponderação como forma de resolução de conflitos de normas de direitos fundamentais

Caso os critérios clássicos não sejam suficientes para a solução das antinomias, em princípio, não teria o aplicador da lei do que se socorrer, porém não lhe é dada esta possibilidade. Ao tratarmos de colisão de normas de direitos fundamentais, que conforme cediço possuem suporte constitucional, a questão ganha contornos de importância, uma vez que a boa técnica jurídica também não faculta ao intérprete uma simples opção.

Neste cenário, surge a ponderação como alternativa à subsunção. Assim, deve-se recorrer a esta técnica quando não for possível dirimir o conflito normativo através dos métodos tradicionais de solução, quando persistirem aplicáveis normas constitucionais e vigentes que apontem soluções diversas e contraditórias¹²¹, não havendo qualquer forma técnica de compatibilizá-las.

Como adverte a Professora Doutora Ana Paula Barcelos¹²², a palavra ponderação vem sendo utilizada com pouca técnica e sem um sentido preciso. Logo, ponderação, em sentido técnico, não é um mecanismo de simples escolha efetuada, mas sim um valioso instrumento que objetiva solucionar conflitos de normas constitucionais de forma criteriosa e responsável, de modo a fomentar a racionalidade e a motivação das decisões e, por via de consequência, estreitar o arbítrio, seja em decisões administrativas ou judiciais, bem como, ao fim, buscar certa previsibilidade ante a prudência e exigibilidade da aplicação da mesma solução em casos semelhantes, de forma a promover a segurança jurídica e a transparência dos atos estatais¹²³.

A finalidade da ponderação é de que o resultado alcançado se traduza como uma das melhores alternativas disponíveis, de modo a dar maior efetividade às normas em conflito, na medida do possível, levando-se em consideração todas as normas aplicáveis ao caso e as soluções por estas apontadas, sem que obrigatoriamente haja o esvaziamento, por inteiro ou

¹²⁰ DUARTE, David. **Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais**, sumário fornecido na disciplina de Direitos Fundamentais C, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 67-68.

¹²¹ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, em referência a Robert Alexy, p. 31, nota 49.

¹²² BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹²³ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99.

não, de um preceito constitucional ou infraconstitucional suportado por um princípio constitucional. Tudo de forma técnica, racional, fundamentada e motivada.

A técnica da ponderação, como critério de solução de conflitos normativos, possibilita a busca, de forma racional, da norma prevalente e, identificada esta, a busca da solução do caso de forma que melhor compatibilize as normas conflitantes.

4.2.1 Ponderação concreta e abstrata

A diferenciação entre a ponderação concreta e a abstrata decorre do momento em que ela é realizada, ou seja, antes de ocorrer um caso concreto ou sem que se tenha como objetivo a resolução de um caso concreto específico.

A ponderação abstrata é realizada, caracteristicamente, no controle prévio de constitucionalidade dos atos legislativos. No entanto, pode também ser realizada tanto pela administração, por intermédio de atos normativos, quanto pelo Judiciário, na análise de ADPF e ADIN.

Ainda há a figura da ponderação *ad hoc*, que, apesar de ser um resultado da ponderação concreta, gera uma orientação para casos abstratos, como, por exemplo, a jurisprudência, já que a reiteração dos julgados em um sentido orienta uma forma de solução de casos abstratos. Também se encaixa neste tipo de ponderação as súmulas vinculantes, pois, embora surjam de um caso concreto, são prescrições de forma de solução de casos abstratos ou que ainda não aconteceram.

Conforme aponta Daniel Sarmento, maior cuidado se deve ter com a ponderação abstrata efetuada pelo Judiciário, visto que a ponderação judicial somente tem espaço (a) “quando inexistir regra legislativa específica resolvendo determinado conflito entre princípios constitucionais surgido em um caso concreto ou (b) quando a regra legislativa em questão tiver a sua constitucionalidade questionada, pela via incidental ou principal¹²⁴” sob pena de o Judiciário poder vir a invadir o espaço de discricionariedade do Legislativo, impondo suas opções políticas e ideológicas em detrimento daquelas realizadas pelos representantes do povo¹²⁵.

¹²⁴ Idem, p. 113.

¹²⁵ Idem, p. 114.

4.2.2 Limites imanentes das normas de direitos fundamentais

A teoria dos limites imanentes ou os limites imanentes das normas de direitos fundamentais servem para, por meio da interpretação sistemática e da lógica, delimitar os direitos de forma a evitar que seja conferido caráter quase que absoluto a eles. Assim, não se pode exercer um direito de forma imoderada sob o pretexto de estar no pleno exercício do gozo deste direito.

Pode-se dizer que o limite imanente seria a fronteira externa dos direitos fundamentais. Se em um caso concreto nos depararmos com uma situação em que tal limite tenha sido ultrapassado, certamente estaremos diante da figura do abuso do direito. A teoria “sustenta que cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito...”¹²⁶.

Como aponta Daniel Sarmento, “em muitos casos, o trabalho do intérprete se estancará nesta fase, diante da constatação de que não se está presente diante de uma verdadeira tensão principiológica”¹²⁷.

Agora, de forma mais definitiva, podemos mencionar que estaremos diante de uma situação ensejadora de aplicação do recurso da ponderação quando estivermos perante um caso que não seja solucionado pelas regras de subsunção ordinárias e não se trate de situação clara e solucionável através dos limites imanentes do Direito.

Se os direitos fundamentais possuem seus limites imanentes ou externos também possuem seus limites internos ou seu núcleo essencial.

4.2.3 Núcleo essencial das normas de direito fundamental

O STF em seus julgados costumeiramente utiliza a expressão núcleo essencial do direito. Mas o que significa esta expressão?

Ingo Sarlet, se referindo a Humberto Ávila, menciona que “[a] garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecido como um direito fundamental”¹²⁸.

A proteção do núcleo essencial de um direito não deve ser apenas efetuada em sede de

¹²⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59.

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 102.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 411, nota 619, se referindo a Humberto Ávila.

ponderação abstrata, característica dos atos legislativos, também presente no controle da constitucionalidade de leis, em que o juízo de oportunidade e conveniência pode ser efetuado, mas também em casos de ponderação concreta, nos quais não há a figura daquele juízo, mas, sim, sujeição e submissão aos atos do legislativo. Desta forma, deve o aplicador evitar, diante de um caso concreto, a ofensa ao limite interno de um direito na tramitação e solução dos processos, sejam judiciais ou administrativos. Assim o STF, no julgamento do HC 110015/ RJ - Rio de Janeiro, Relator(a): Min. Luiz Fux, entendeu ser inepta a denúncia que não continha os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal ao não descrever e demonstrar a responsabilidade do acusado pela conduta que lhe fora atribuída, trancando a ação penal sob o argumento de que a postura da acusação implicava violação do contraditório, elemento integrante do núcleo essencial do direito ao devido processo legal.

Embora não tenhamos uma conceituação ou delimitação clara acerca do âmbito do núcleo essencial dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que esta tarefa pode ser alcançada através da lógica e da razoabilidade.

Enquanto não há uma delimitação clara e precisa acerca dos limites dos direitos fundamentais, resta não só ao hermeneuta mas também às partes, no decorrer do processo, o dever de buscar, diante dos casos práticos, a delimitação desses direitos e envidar esforços para que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seja preservado.

4.3 A técnica da ponderação

A ponderação, como já dito, é o recurso técnico utilizado quando os métodos tradicionais de solução de conflitos não dirime a antinomia entre duas ou mais normas constitucionais aplicáveis ao caso em concreto e que apontam para soluções diversas. Seu uso deve pautar por profunda reflexão e larga fundamentação, uma vez que estará sendo deixada de aplicar, no todo ou em parte, uma norma constitucional vigente e válida.

Na doutrina especializada, encontramos várias maneiras de realizar a atividade. Talvez, a mais conhecida de todas seja a fórmula do peso de Alexy. Em todas as modalidades, a proporcionalidade em sentido amplo é que regula a atividade do hermeneuta com o fim de racionalizar a argumentação jurídica da decisão.

A proporcionalidade em sentido amplo se subdivide em três requisitos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou equilíbrio, que devem, obrigatoriamente, ser preenchidos sob pena de não adequação da atividade aos ditames

constitucionais, uma vez que o princípio da proporcionalidade está enraizado no Estado Democrático de Direito e constitui a essência dos direitos fundamentais¹²⁹.

Requisito da adequação

Também chamado de idoneidade. Por meio deste requisito é verificado se a medida é adequada a realizar o outro direito fundamental. Caso a medida não seja apta, a opção não é válida ou justificada, sendo, portanto, vedada.

A idoneidade deve ser aferida com base no conjunto de premissas empíricas fundadas nos conhecimentos científicos e nas convicções sociais existentes ao tempo da restrição.

Requisito da necessidade

Por intermédio deste requisito, é verificada a ausência de outra forma menos gravosa de atingir o objetivo pretendido, pois, caso existam duas medidas idôneas para a solução da questão, deve ser escolhida a medida que menos interfere no direito fundamental afetado sob pena de invalidade da atividade.

“O exame do princípio parcial da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida, ou a ser escolhida e outras medidas alternativas. No exame do princípio da idoneidade, diferentemente, a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido.”¹³⁰

Requisito da proporcionalidade em sentido estrito ou equilíbrio

O requisito do equilíbrio “obriga a que, na prevalência de uma norma sobre outra, a satisfação do efeito da norma prevalecente seja razoável perante a afetação que cria na norma preterida”¹³¹. Como refração deste requisito, o Professor Doutor David Duarte menciona a lei da ponderação que estabelece: “quanto maior for o grau de afetação da norma preterida, maior tem que ser o grau de satisfação da norma prevalecente”¹³², sendo encontrado neste requisito a ponderação, ou o lugar que ocorre a ponderação propriamente dita, “e diz com o cumprimento

¹²⁹ Cf. GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 118.

¹³⁰ Idem, p. 245.

¹³¹ DUARTE, David. **Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais**, sumário fornecido na disciplina de Direitos Fundamentais C, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 73.

¹³² Idem, p. 73.

do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas¹³³”.

Conforme aponta Anizio Pires Gavião Filho, além da dificuldade de verificação da afetação de um lado e a satisfação por outro de um direito fundamental, há questões jurídicas que ainda merecem ser esclarecidas, pois tal procedimento pode possibilitar que “juízes decidam com base nas suas próprias valorações e intuições morais. Sem um referencial jurídico e em nome da justiça do caso concreto, os juízes se valem da ponderação como recurso retórico para decisões particularistas e imprevisíveis. Com isso, perdem a generalidade e segurança jurídica”¹³⁴, além de implicar uma expansão da jurisdição constitucional e constitucionalização do ordenamento jurídico como um todo.

4.3.1.1 Passo a passo da ponderação

Veremos agora duas formas de efetuar a ponderação. A lecionada por Alexy, criador da fórmula do peso, e a sugerida por Ana Paula Barcelos.

4.3.1.1.1 Ponderação e fórmula do peso

Inicialmente, deve ser esclarecido que o processo de ponderação busca apenas a racionalização e a motivação válida da decisão de forma a justificar a intervenção em um direito constitucionalmente protegido.

Autores sustentam caminhos a ser percorridos de diversas formas, seja pela peculiaridade do ambiente que vivem ou por questões de ordem prática. A proposta mais famosa é a consubstanciada pela fórmula do peso de Alexy, que se utiliza de valores numéricos para realizar a ponderação, atribuindo valores aos graus de intervenção e satisfação. Apesar da fórmula do peso se assemelhar a uma fórmula matemática, a pretensão do autor não é de transformar o raciocínio jurídico em matemático, mas tão somente tornar mais fácil a racionalização da decisão.

“A ponderação é passível de racionalidade se for levada a sério. O ponderar exige o conhecimento de todos os seus passos e o cumprimento de todas as suas exigências. Uma decisão judicial fundamentada na ponderação somente irá descansar em uma justificação racional se explicar todos os passos e cumprir todas as exigências colocadas para a

¹³³ GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 249.

¹³⁴ Idem, p. 251.

racionalidade da ponderação mesma.”¹³⁵

Assim, para se utilizar das regras da ponderação deve o intérprete identificar as normas que apontam soluções divergentes e alinhá-las. Após, diante das variáveis: grau de intensidade de intervenção, grau de importância da realização e a relação entre o grau de intensidade e o da realização, verificar se a importância da realização justifica a intensidade da realização.

Em cada passo, deve ser atribuído um grau em uma escala, que de forma curta pode ser dividida em três níveis: leve, média ou forte.

Na fórmula do peso de Alexy, as variáveis são: I de intensidade intervenção, W de peso abstrato e R de grau de segurança das soluções empíricas. As letras atribuídas decorrem dos nomes das iniciais das variáveis em inglês, ou seja, I de intensity of interference, W de abstract weight e R de reability of empiric assumptions. E, a escala numérica é de 1 para baixa, 2 para média e 4 para alta, isto para as duas primeiras variáveis, e 1, 1 ½ ou 1 ¼ para a última.

Em cada etapa, o intérprete deve justificar racionalmente o grau de interferência e satisfação atribuído.

Com a finalidade de exemplificar a utilização da fórmula, utilizaremos um hipotético caso em que um litisconsorte passivo necessário não tenha sido citado para uma ação, sendo requerido o reconhecimento da inexistência da sentença por meio do instituto da *querela nullitatis*.

Na colisão em exame, apesar da obviedade da solução, que em caso real não foi encontrada, devemos conferir valor máximo para a intensidade da intervenção no direito fundamental ao devido processo legal, de acesso ao Judiciário, etc., pois, caso entendêssemos de forma diversa, ou seja, que o réu não deva/deveria participar do processo, podemos dizer que estaríamos diante de uma ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental de acesso à Justiça e ao devido processo legal.

Na sequência, conferimos valor mínimo à intensidade de intervenção aos interesses tutelados da outra parte do processo, com a observação de que atenderá a esses interesses a segurança conferida pela imutabilidade da sentença somente alcançada com a citação válida.

¹³⁵ Idem, p. 260.

Diante do dito, a bem da verdade, não estaríamos diante de um conflito de interesses objetivamente, porém, no caso do exemplo, as normas utilizadas para a solução do caso vieram a apontar para soluções antagônicas.

Com relação ao peso abstrato do princípio, este é avaliável tão somente para o caso em concreto, sendo esta uma decorrência lógica da inexistência de hierarquia entre princípios constitucionais por força da unidade da Constituição. Assim, atribuímos nota máxima ao peso do princípio do devido processo legal, em detrimento de valor intermediário de interferência nos interesses juridicamente tutelados que eventualmente apontariam para solução diversa. Fazemos estas atribuições ante a configuração e circunstâncias dos direitos do exemplo em exame, com a observação de que a opção é efetuada sem qualquer base científica ou critério preestabelecido.

Como fiabilidade das soluções empíricas, acreditamos ser razoável o entendimento de que se mostra certa a realização do princípio do devido processo legal. E, de outro lado, a solução contrária, de não reconhecer a inexistência, não se mostra apta para a realização dos interesses opostos, ante a flagrante insegurança a ser gerada por um vício que não se convalidará e poderá ser reclamado a qualquer tempo e grau de jurisdição. Desta forma, atribuímos nota máxima para a realização do primeiro e mínima para a realização do segundo.

Através da ponderação nem sempre teremos apenas duas soluções possíveis, pois, costumeiramente, há mais soluções jurídicas. No caso do exemplo, somente há duas soluções: reconhecer ou não a inexistência da sentença.

Com o fim de ilustramos a aplicação fórmula do peso, apresentamos a seguir a ilustração gráfica, de nossa autoria, que foi elaborada em conformidade com o que aprendemos na matéria lecionada pelo Professor Doutor David Duarte, na disciplina de Direitos Fundamentais C, no Curso de Mestrado Científico 20013/2014 da Universidade de Lisboa, a mesma foi por nós apresentada no seminário do dia 7 de maio de 2014. Assim, segue a representação da fórmula, em conformidade com os valores atribuídos, apontando o resultado para o acolhimento da pretensão como solução do conflito:

Acolhimento	/	Não acolhimento
$I - 4 + W - 4 + R - 1 = 9$	/	$I - 1 + W - 2 + R - \frac{1}{4} = 3 \frac{1}{4}$

Aqui repetimos, a fórmula do peso, bem como outra forma de ponderação que será examinada a seguir, não consistem em tentativa de tornar a atividade de interpretação mecânica, ou reduzida à fórmulas, mas sim um caminho que pode ser percorrido com o fim de facilitar a racionalização da decisão.

4.3.1.1.2 Uma outra forma de realizar a ponderação

Assim como na regra da proporcionalidade e na fórmula do peso, a Professora Doutora Ana Paula Barcelos também sugere que se efetue a ponderação em três etapas, com a particularidade de acabar por conferir um enfoque para o controle da atividade ponderativa.

Conforme mencionado, a ponderação pela sugestão da autora deve ser efetuada em três etapas distintas¹³⁶. Na primeira, o intérprete deve buscar todas as normas que se encontram em conflito e agrupá-las de acordo com a solução que apontam. Na segunda, deve apurar as questões de fato relevantes e sua repercussão nas possíveis soluções. E, na terceira, momento da decisão, verificar a intensidade da restrição imposta, com o fim de possibilitar na maior medida possível a concordância prática¹³⁷ de todas as normas em jogo.

A autora faz interessantes e pertinentes observações no subtítulo de seu livro “Interesses e enunciados normativos”¹³⁸, lecionando que em determinadas situações os interesses contrapostos podem ser mais perceptíveis do que seus enunciados normativos. Neste ponto, segundo a autora, não se deve verificar a norma, mas sim os enunciados, já que ao fim extrair-se-á a norma do “conjunto dos diferentes enunciados que incidem na hipótese”.¹³⁹

Geralmente, a questão dos interesses faz com que o debate deixe de ser jurídico. Segundo a autora, um interesse, para ser considerado, deve ter suporte em uma norma, transformando-o de pessoal para jurídico.

Uma observação que se faz é a de que os juízos de oportunidade e conveniência, apurando vantagens e desvantagens, típicos da ponderação abstrata efetuada pelo legislador, não estão afetos ao aplicador, que, para a decisão, somente deve levar interesses e critérios jurídicos em consideração, sob pena de ilegitimidade da ponderação.

A autora, se reportando a Alexy, diz que “o uso exclusivo de enunciados normativos na ponderação tem por objetivo preservar o espaço de determinação democrática e a legitimidade da própria operação ponderativa, na medida em que se exige, desde o início, que

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 91 e seguintes.

¹³⁷ Idem, p. 83-84 – “Uma técnica concebida inicialmente como alternativa à ponderação foi a chamada concordância prática... Por meio dela se buscava uma otimização dos bens em conflito sem privar qualquer deles de sua garantia jurídico-constitucional... [...] a concordância prática acabou por ser incorporada à ponderação como um seu ideal, e com ela os testes relacionados com a proporcionalidade”.

¹³⁸ Idem, p.96.

¹³⁹ Idem, p. 107.

as pretensões demonstrem sua vinculação com o sistema jurídico”¹⁴⁰.

Conforme adverte a autora, nesta primeira etapa, o aplicador pode, propositalmente ou não, selecionar apenas alguns enunciados normativos sem levar a confronto outros que apontariam a solução para sentido diverso.

Apesar da conveniência de ser seguida a sugestão de serem levados em consideração todos os argumentos jurídicos, atualmente o STJ¹⁴¹ tem se posicionado no sentido de que o julgador não está obrigado a analisar todas as teses e fundamentos das partes, fato que, salvo melhor juízo, acaba por se traduzir em negativa de jurisdição, em vista de que, em algumas hipóteses, não terá a parte como suscitar a questão perante os tribunais superiores ante a evidente falta de prequestionamento¹⁴². Vejamos como a jurisprudência irá enfrentar a alteração advinda com a vigência do novel Código de Processo Civil, que por meio do inciso IV do artigo 489, exige o enfrentamento dos argumentos deduzidos no processo¹⁴³.

Para a segunda etapa da ponderação, a autora sugere a observação das questões fáticas e suas repercussões sobre os elementos normativos para, na terceira fase, haver a decisão, concluindo: “a organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam deste processo e, por isso mesmo, permite o controle da

¹⁴⁰ Idem, p.101-102, nota 146.

¹⁴¹ Vejamos alguns julgados do STJ acerca do assunto - “Preliminarmente, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar, mesmo com fins de prequestionamento, todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, IX, da Lei Maior.” REsp 1297857/SP, no mesmo sentido: “o Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresse juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe quaisquer das linhas de argumentação invocadas.” REsp 1318315/AL.

¹⁴² Prequestionamento – é considerado um requisito para apreciação de recursos pelos tribunais superiores. Prequestionamento significa que as questões legais ou constitucionais devem ser suscitadas e apreciadas pelas instâncias inferiores, sob pena de não admissão dos recursos constitucionais. Não vamos nos aprofundar na questão, mas há possibilidade de prequestionamento implícito, no entanto este não é aceito pelo STJ.

¹⁴³ Art. 489 do Código de Processo Civil - São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

decisão em melhores condições.”¹⁴⁴

Em continuidade, com o fim de fornecer elementos para auxiliar a atividade de decidir, sugere três parâmetros jurídicos, de grande importância, como diretrizes para a decisão:

- Pretensão de universalidade – por intermédio desta, objetiva-se a impessoalidade da decisão a evitar que privilégios sejam conferidos ou puros arbítrios cometidos, sendo esta não só uma diretriz, mas uma verdadeira expressão do princípio da igualdade. Ana Paula coloca que a argumentação utilizada pelo aplicador da lei deve ser aceita pela comunidade em geral e, o mais importante, dentro do sistema jurídico, devendo, por questão de legalidade e coerência, ser a decisão aplicada ou aplicável a todos os casos semelhantes.
- Busca da concordância prática – a concordância prática¹⁴⁵ significa a busca pela não redução, por um todo, de um direito fundamental e a pretensão de ofensa mínima aos direitos fundamentais envolvidos, de modo a harmonizá-los.

A concordância prática é um objetivo nem sempre alcançável. Ela e a ponderação, como dito pela autora, são importantes instrumentos de ordenação e fundamentação das decisões.¹⁴⁶

- Construção do núcleo essencial – conforme já exposto, se de um lado temos os limites imanescentes, que seria o limite externo dos direitos fundamentais, de outro temos o núcleo essencial, que seria o seu limite interno, ou seja, se ele for atingido, a norma deixa de existir, ao menos naquele processo, passando a ser letra morta do Direito, expressão corriqueiramente utilizada no meio jurídico brasileiro. Aqui, com maiores consequências, ante a pretensão de universalidade.

Tomemos o exemplo dado para aplicação da fórmula do peso caso não seja reconhecida a inexistência da sentença em feito em que o litisconsorte passivo necessário não foi citado. Para além de qualquer justificação e fundamentação, o direito ao devido processo legal e o de acesso ao Judiciário, salvo melhor juízo, tiveram o núcleo essencial atingido, sendo pouco recomendável que o entendimento seja universalmente aplicável, por mais nobre que seja a argumentação metajurídica de

¹⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124.

¹⁴⁵ Idem, p. 83-84 – “Uma técnica concebida inicialmente como alternativa à ponderação foi a chamada concordância prática... Por meio dela se buscaria uma otimização dos bens em conflito sem privar qualquer deles de sua garantia jurídico-constitucional... [...] a concordância prática acabou por ser incorporada à ponderação como um seu ideal, e com ela os testes relacionados com a proporcionalidade”.

¹⁴⁶ Idem, p.139.

um eventual caso concreto, sob pena de comprometer o sistema e conferir arbítrio ilimitado aos aplicadores da lei, incrementado pela falta de segurança naquela relação jurídica específica.

CAPÍTULO II

A LEI

O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO E A

LEGISLAÇÃO INTERNA

5 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

5.1 A Carta das Nações Unidas

Diante do acontecimento dos Estados totalitários, que violaram gravemente diversos dos direitos mais básicos dos indivíduos durante a Segunda Guerra, a sociedade internacional mobilizou-se e, com o fim de conferir proteção aos mesmos, em um plano supra-estatal, criou a Organização das Nações Unidas – ONU, por meio da Carta das Nações Unidas. Essa Carta foi assinada em São Francisco, no dia 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre organização internacional, que entrou em vigor em 24 de outubro daquele mesmo ano, criando juntamente a Corte Internacional, cujo estatuto encontra-se integrado à Carta.

Neste sentido, Vicente de Paulo Barretto menciona que “a experiência nazifacista fez com que, terminada a II Guerra Mundial, os estados que se reuniram para a construção das Nações Unidas tivessem como ponto central no estabelecimento da nova organização internacional a definição de direitos básicos com os quais estariam comprometidos na busca da paz mundial”¹⁴⁷.

A ONU, conforme também mencionado por Celso Duvivier de Albuquerque Mello, surgiu da ideia de se estabelecer uma paz duradoura, após diversos passos dados, desde a Carta do Atlântico. Sua sede fica em Nova York, nos Estados Unidos e, atualmente, possui 193 membros.

Segundo os ensinamentos de Celso Duvivier de Albuquerque Mello, a definição da natureza jurídica da ONU não é pacífica, pois, como comenta o autor, a Carta da ONU se assemelha à Constituição de um Estado e, por este motivo, “é que os doutrinadores têm

¹⁴⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.33.

procurado assimilar a organização a uma das formas de Estado conhecidas. Entretanto, podemos assinalar que ela não se enquadra em nenhuma delas.”¹⁴⁸

Como bem aponta, por possuir características de uma Constituição, destaca-se que a Carta tem supremacia sobre todo e qualquer tratado internacional, não sendo válida qualquer disposição que venha a violar ou contrariar seus enunciados, assim colocando: “na verdade, a Carta da ONU, apesar de ser um tratado, possui características de uma Constituição, como bem assinala Ross. Este aspecto é ressaltado claramente na supremacia que tem a Carta da ONU em relação a todo e qualquer tratado internacional que não pode violar os seus dispositivos interpretativos”¹⁴⁹.

O autor define a ONU como “simplesmente uma organização internacional, intergovernamental. Esta é a sua natureza jurídica. Não há qualquer vantagem em procurar assimilá-la a uma forma de Estado já existente, à qual ela só se adaptará a argumentos ‘forçados’”¹⁵⁰.

Conforme leciona o Professor Doutor António Pedro Barbas Homem “a Organização das Nações Unidas inscreveu a temática dos direitos dos homens e dos povos como uma das suas diretrizes de ação, tendo em vista a paz nas relações entre os Estados”¹⁵¹ e, continuando, menciona que “a carta da Nações Unidas também inscreveu os direitos e liberdades fundamentais como sua finalidade”¹⁵².

A Carta da Nações Unidas não define nem elenca os direitos. Em seu artigo primeiro consta a finalidade de promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, e de ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns¹⁵³.

A multiculturalidade e a constante evolução das sociedades justificam a generalidade das disposições da Carta, de forma a possibilitar a coexistência de nações em estágios econômicos e de democracia diversos, bem como respeitar a cultura de cada nação, de modo a

¹⁴⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 655.

¹⁴⁹ Idem, p. 654.

¹⁵⁰ Idem, p. 655.

¹⁵¹ HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de direitos humanos. **Direitos humanos e fundamentos em perspectiva**, coordenador Cláudio Brandão. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 24.

¹⁵² Idem, p. 24.

¹⁵³ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

incrementar o respeito a todo ser humano independentemente de sua religião, raça, sexo ou língua.

Ao ratificar a Carta das Nações Unidas, o Estado signatário transforma em interesse internacional o eventual desrespeito, por sua parte, aos direitos humanos¹⁵⁴.

5.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos do Humanos foi adotada como documento entre os Estados-Membros da ONU, sob a forma de resolução da Assembleia Geral ocorrida em 10 de dezembro de 1948, em Nova York. Embora a Declaração não tenha uma vinculação dos Estados-Membros, não deixa de ser um compromisso moral dos Estados signatários.

Segundo Vicente de Paulo Barretto¹⁵⁵, para o trabalho de redação, a Organização das Nações Unidas criou uma comissão de intelectuais de diversas áreas e correntes com o fim de fundamentar os direitos humanos.

Duas correntes antagônicas entraram em debate: uma que defendia a concepção dos direitos humanos como direito natural e outra que sustentava o fundamento histórico, havendo, assim, a divisão entre aqueles que aceitavam ou não o fundamento dos direitos humanos nos direitos naturais.

A divergência se estabeleceu justo pelo fato de alguns entenderem que os direitos decorrem da natureza e outros possuírem a convicção de que os direitos decorriam dos ditames da sociedade, que se modificam através da história. Houve, no entanto, possibilidade de existir um ponto de conexão: por parte dos jusnaturalistas, ao aceitarem que o respeito aos direitos naturais depende da evolução da consciência de uma sociedade e, de outro lado, quando os positivistas históricos entenderam que pode existir direitos que são reconhecidos no processo de formação da sociedade.

De toda sorte, a Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948 acabou por expressar um denominador comum: “Nesse sentido, pode-se afirmar que não existem fundamentos teóricos comuns para os direitos humanos, mas exclusivamente uma concordância em torno de critérios mínimos que abarcam diferentes posições ideológicas e

¹⁵⁴ Cf. CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 58.

¹⁵⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

que são aceitos em diferentes sistemas jurídicos nacionais.”¹⁵⁶

Estando no âmbito de proteção da Declaração e, por via de consequência, da ordem jurídica internacional, todo Homem como finalidade do Direito, uma vez que este “só existe para regulamentar as relações entre os homens”¹⁵⁷.

Conforme Isabel Cabrita aponta, alguns textos internacionais acerca de direitos humanos, após a Declaração Universal, reconheceram que os direitos humanos são inerentes à pessoa humana, dando um destaque à dignidade inerente à pessoa humana, sem, no entanto, conferir um significado à expressão dignidade humana.

Ainda segundo a autora, como o Direito não confere conceito de dignidade humana, recorre-se ao pensamento filosófico de Kant acerca da pessoa humana e sua dignidade inerente, citando a formulação do filósofo: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio”¹⁵⁸. A autora ainda conclui: “a formulação do princípio de que o ser humano é sempre um fim em si mesmo, envolve a humanidade seja, ela própria, uma dignidade: ser tratado como um fim é a raiz da dignidade da pessoa humana”¹⁵⁹.

Os direitos humanos são compostos por uma série de direitos como civis, políticos, econômicos, sociais e coletivos, tudo de forma a possibilitar que pessoas “possam construir sua vida em liberdade, igualdade e dignidade”¹⁶⁰.

Conforme expusemos, vale destacar que a Declaração Internacional dos Direitos Humanos não possui natureza jurídica de tratado, e, atualmente, segundo entende Isabel Cabrita e parte da doutrina, funciona como um texto interpretativo da Carta das Nações¹⁶¹.

Se de um lado temos a proteção universal, no sentido de globalidade, temos também

¹⁵⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.34.

¹⁵⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 808.

¹⁵⁸ KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Lisboa, Ed. 70, 1986, apud, CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, Portugal, p.48.

¹⁵⁹ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, Portugal, p.48.

¹⁶⁰ ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**, coordenador Sven Peterke. Brasília, DF, 2010.

¹⁶¹ Cf. CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, Portugal, p.61.

proteções regionais. É o que veremos a seguir.

6 PROTEÇÃO REGIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

De uma forma mais específica, a possibilitar o respeito pelas particularidades de cada região do mundo, isto sem que se deixe de lado a pretensão universal de todo sistema, temos os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos.

Estes, evidentemente, “oferecem a vantagem de que os valores e particularidades regionais possam ser incluídos nos tratados”¹⁶², sendo certo, porém, que a proteção dos Direitos Humanos de forma regional deve sempre observar as disposições da Carta da ONU e da Declaração Universal, uma vez que, conforme já mencionado, esta se assemelha a uma Constituição, sendo que seus ditames não podem ser contrariados por qualquer outro tratado internacional.

Há neste ponto uma subsidiariedade correspondente na proteção regional. E, apesar de não haver previsão na Carta das Nações Unidas para sistemas regionais de proteção, em seu capítulo VIII, há previsão de acordos regionais com fins de “tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional, desde que tais acordos ou entidades regionais e suas atividades sejam compatíveis com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas”¹⁶³.

De toda sorte, apesar desta omissão, os sistemas foram criados, uma vez que não são incompatíveis com a Carta das Nações Unidas, que a bem da verdade objetiva a incrementação dos direitos, e, por meio da resolução da Assembleia Geral ocorrida em 16 de dezembro de 1977 foi editada a Resolução 32/127¹⁶⁴, reconhecendo a importância das comissões regionais e estimulando o estabelecimento dos sistemas regionais.

Assim, no âmbito das Américas, há a Convenção Americana dos Direitos Humanos – CADH e, no da Europa, temos a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH.

Apesar de nosso estudo ter um enfoque nos dois ambientes mencionados, não

¹⁶² ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**, coordenador Sven Peterke. Brasília, DF, 2010, p. 71.

¹⁶³ Artigo 52. 1 da Carta das Nações Unidas, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 9 abr. 2014.

¹⁶⁴ <<http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r127.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

podemos deixar de mencionar a existência de outros sistemas, como o africano, formado pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que criou a Organização da Unidade Africana – OAU em 1981, que foi substituída em 2002 pela União Africana – AU. O sistema conta ainda com a Corte Africana dos Direitos Humanos – ACHPR, que iniciou suas atividades em 2006. O sistema tem um dado especial, que é a previsão de proteção dos direitos dos povos, para além dos direitos dos indivíduos, de modo a fomentar o respeito pelas tradições africanas. “São essas tradições e valores que caracterizarão e inspirarão a Carta Africana. A eles se conjuga o processo de libertação da África, a luta por independência e dignidade dos povos africanos, o combate ao colonialismo e o neocolonialismo, a erradicação do apartheid, do sionismo e de todas as formas de discriminação”¹⁶⁵.

O sistema africano conta ainda com a Comissão Africana de Direitos Humanos, que exerce a proteção dos direitos por intermédio do recebimento de recursos individuais, ou estatais, com a característica de que as reclamações individuais só valem para “violações maciças ou persistentes dos direitos humanos e não somente em termos de violações individuais dos direitos humanos”¹⁶⁶.

Além desses sistemas mencionados, ainda temos de forma inicial o sistema árabe, que possui a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos¹⁶⁷, de 19 de setembro de 1981, que não deixa de ser uma interpretação ou adaptação da Carta Internacional aos preceitos da fé islâmica e a Carta Árabe dos Direitos Humanos de 1994. Segundo Flavia Piovesan, há também uma proposta de criação de um sistema regional asiático com a adoção “da Carta Asiática de Direitos Humanos, em 1997, sob a forma de uma declaração feita por diversas ONGs”¹⁶⁸.

6.1 Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

Assim como a ONU foi formada por meio de uma carta, a Organização dos Estados Americanos – OEA também foi constituída pela Carta da OEA, que foi assinada em 30 de abril de 1948 em Bogotá, capital da Colômbia. A Carta sofreu 4 reformas nos anos de 1967,

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

¹⁶⁶ ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**, coordenador Sven Peterke. Brasília, DF, 2010, p. 82.

¹⁶⁷ <<http://dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

¹⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

1985, 1992 e 1993. Atualmente, 35 países fazem parte da OEA¹⁶⁹.

Nos moldes da ONU, que após a sua criação elencou os Direitos Humanos em sua declaração universal, a OEA precisou e criou mecanismos de defesa dos Direitos Humanos, que foram mencionados de forma geral na Carta, pela Convenção Americana dos Direitos Humanos – CADH, denominada Pacto de São José da Costa Rica. A Carta foi subscrita em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor, de forma internacional, no dia 18 de julho de 1978, em conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu artigo 74.

O Brasil é seu signatário, ingressando o ordenamento no sistema normativo brasileiro pelo Decreto 678/92¹⁷⁰, sendo este, atualmente, um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais no âmbito nacional.

Em conformidade com o artigo 33, a CADH constituiu um órgão destinado a promover o respeito e a defesa dos direitos humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e outro jurisdicional, consubstanciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é formada por sete membros de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, que são eleitos de uma lista formulada pelos Estados-Membros e possuem as funções elencadas no artigo 41, entre e além das já mencionadas, como formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, com o objetivo de adotar medidas progressivas de promoção dos direitos e atender a consultas dos Estados-Membros sobre questões relacionadas com direitos humanos, entre outras previstas.

Qualquer pessoa, grupo e entidade não governamental legalmente reconhecida pode apresentar denúncia de violação da convenção por um Estado-Membro à comissão desde que: a) sejam esgotados os meios jurisdicionais internos; b) não tenha ocorrido a decadência, por isso devem ser apresentados no prazo de 6 meses a contar da ciência da decisão definitiva; c) que não exista caso semelhante sendo analisado em outro processo; d) que seja identificada a pessoa que fez a denúncia, pois é vedada a apresentação de denúncia anônima. As alíneas a e

¹⁶⁹ <http://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp>. Acesso em: 1 abr. 2015.

¹⁷⁰ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015.

b não são aplicáveis se na ordem interna não houver recursos ou meios jurisdicionais para a defesa do direito ou se não tiver sido permitido o acesso ao recurso ou o prejudicado tenha sido impedido de esgotar os recursos.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é formada por sete juízes com autoridade moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, nacionais dos Estados-Membros, eleitos por voto da maioria absoluta dos Estados Partes. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sua sede em São José, capital da Costa Rica¹⁷¹.

Somente os Estados Partes e a Comissão é que possuem legitimidade para submeter um caso à apreciação da Corte.

A Corte pode determinar que o direito violado seja respeitado, assegurando ao prejudicado o direito ao gozo de seu direito ou liberdade violados, bem como fixar uma reparação mediante o pagamento de indenização pelo Estado-Membro. No entanto, não tem como executar sua decisão em um Estado-Membro, embora esta seja incontestável, podendo, contudo, eventualmente, submeter a questão à Assembleia Geral com o fim de aplicar sanções políticas ao Estado inadimplente¹⁷².

6.2 Sistema europeu de proteção aos direitos humanos – A Convenção e o Tribunal europeus

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem surgiu na sequência da Declaração Universal dos Direitos do Homem “e oferece maiores garantias de eficácia do que esta última, não apenas porque possui um texto vinculativo para os Estados, mas também – e sobretudo – por estabelecer um mecanismo específico de reação na hipótese de violação dos direitos consagrados na convenção”¹⁷³, sendo considerada como “o mecanismo internacional mais <sofisticado> e <perfeito> de tutela dos direitos do homem”¹⁷⁴.

¹⁷¹ <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 1 abr. 2015.

¹⁷² Cf. artigos 63 e 65 Pacto São José da Costa Rica.

¹⁷³ BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**, Coimbra, Almedina, 2010, p. 317/318.

¹⁷⁴ Idem, p.317.

Aparece aqui, novamente, uma questão de terminologia acerca do significado da expressão “direitos do homem” que vem sendo utilizada quando nos referirmos a instrumentos internacionais regionais de proteção, mesmo diante do fato de “apesar de a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ser um instrumento internacional regional, possui um caráter universal, na medida em que qualquer pessoa pode invocar directamente a Convenção, independentemente da sua nacionalidade, desde que se encontre no território de um dos países que a ela tenham aderido”¹⁷⁵.

O surgimento da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ocorreu logo após a Segunda Grande Guerra, que causou estragos materiais devastadores na Europa e demonstrou que o Estado pode ser utilizado para negar a dignidade da pessoa humana e impor a destruição de pessoas como instrumento de manutenção do poderio de classes ou raças¹⁷⁶.

O Congresso Europeu, consubstanciado pela reunião dos movimentos pela unificação da Europa no pós-guerra, reuniu-se em maio de 1948 na cidade de Haia, na Holanda, e, presidido por Winston Churchill, recomendou a criação de uma Assembleia deliberativa europeia e de um Conselho Europeu especial, destinados a preparar a integração econômica e política dos países europeus, a adoção de uma carta dos direitos do homem e a criação de um Tribunal Europeu independente com vistas a assegurar a sua aplicação¹⁷⁷.

Assim surgiu o Conselho da Europa em 5 de maio de 1949 com o objetivo de, entre outros, fomentar o respeito pelos direitos humanos no território europeu e, na sequência, após uma série de trabalhos preparatórios, estabeleceu a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH que foi adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e entrou em vigor no dia 3 de setembro de 1953. Seu texto atual conta com diversos protocolos adicionais.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

A CEDH criou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, formado por um número de juizes igual ao das Partes Contratantes¹⁷⁸. Para se investirem no cargo, os juizes devem possuir a mais alta reputação moral, reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou serem jurisconsultos reconhecidos. Os juizes são eleitos pela Assembleia Parlamentar relativamente a cada Alta Parte Contratante.

¹⁷⁵ Idem, p.316.

¹⁷⁶ Cf. DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais**, AAFDL, Lisboa, 2006, p. 101.

¹⁷⁷ Cf. <http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/1948/index_pt.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015.

¹⁷⁸ Na convenção americana, as partes são chamadas de Estados-Membros.

Diferentemente do acesso do jurisdicionado à Corte Interamericana, a forma de acesso ao Tribunal Europeu tem pretensões universais, uma vez que qualquer pessoa que se considere vítima de violação pode recorrer ao Tribunal reclamando algum desrespeito aos direitos reconhecidos na Convenção. De modo diverso, no ambiente interamericano, somente a Comissão Interamericana, além dos Estados Partes, é que podem efetuar reclamação perante a Corte.

Merece nota o fato de que com esta possibilidade pode-se afirmar que “os indivíduos – na qualidade de titulares de um direito de amparo perante um tribunal internacional regional – foram erigidos a verdadeiros sujeitos de Direito Internacional”¹⁷⁹. Isto é, questões que antes eram tratadas somente entre Estados passaram a ter como interlocutores pessoas, a superar uma evidente falha, já que dificilmente o próprio Estado irá provocar o Tribunal em virtude de seu desrespeito a eventual direito protegido, cabendo ainda ressaltar que as estatísticas demonstram que a maioria das reclamações são efetuadas por particulares¹⁸⁰.

Os Estados Partes ainda se comprometem a não criar qualquer entrave ao exercício do acesso à corte e ao Tribunal e, do mesmo modo que na Corte Interamericana, o Tribunal Europeu somente irá se manifestar sobre uma ofensa depois de esgotadas as vias e recursos jurisdicionais internos, sendo que a reclamação deve ocorrer dentro do prazo de seis meses da ciência da decisão. O Tribunal Europeu também não reconhecerá reclamações anônimas ou que já sejam objeto de alguma reclamação e já tiverem sido decididas. Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e, se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável se necessário.

Como ressalvado por Catarina Santos Botelho, a eficácia das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, órgão jurisdicional do Conselho da Europa com competência para julgar as questões de desrespeito à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo, leste da França, é limitada e cinge-se ao reconhecimento da inadimplência a colocar o Estado-Membro em uma situação desconfortável e a condenação em danos, como forma reparadora, em vista do objetivo de buscar a “menor agressão possível

¹⁷⁹ BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**, Coimbra, Almedina, 2010, p. 318.

¹⁸⁰ Cf. BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**, Coimbra, Almedina, 2010, notas 1263 e 1264.

à soberania dos Estados”¹⁸¹.

De toda sorte, é apontado hoje por doutrinadores que já há uma “cultura constitucional Europeia comum”¹⁸², bem como a existência de correntes que sustentam um constitucionalismo global, de forma a dificultar ou impedir o descumprimento das decisões dos tribunais internacionais europeus por um Estado Parte.

7 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Conforme vimos, a evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes passou pela época em que os descendentes, de qualquer idade, eram considerados propriedade do genitor, o qual exercia sobre a prole total poder e até uma espécie de jurisdição, podendo os alienar, encarcerar e até matar, evoluindo para a posição de situação irregular, até chegarmos aos dias de hoje, com a doutrina da proteção integral.

Diversos fatores justificam a ausência de direitos nos primórdios, desde a necessidade de garantia da sobrevivência, já que havia necessidade dos grupos de pessoas se manterem coesos e a concentração do poder na mão do progenitor facilitava esta manutenção em períodos mais conturbados da história a, especificamente na área infracional, influências religiosas¹⁸³ e, posteriormente, à limitação ou supressão de direitos como forma de garantia da segurança da sociedade.

Como vimos também, em âmbito internacional, a primeira menção aos direitos da criança foi efetuada na Declaração de Genebra¹⁸⁴ de 1924, que com cinco artigos deu um grande passo para o reconhecimento da condição de fragilidade inerente a toda criança, como justificadora de uma posição jurídica de vantagem.

¹⁸¹ Idem, p. 319.

¹⁸² Idem, vide nota 1278, p. 321.

¹⁸³ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 158.

¹⁸⁴ <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2015 Tradução:

À criança deve ser concedido os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual.

À criança que tem fome deve ser alimentada, a criança que está doente deve receber os cuidados de saúde necessários, a criança que está atrasada deve ser ajudada, a criança delinquente deve ser recuperada, e o órfão e a criança abandonada deve ser protegida e abrigada.

A criança deve ser a primeira a receber o socorro em tempos de crise ou emergência.

À criança deve ser dados todas as ferramentas para que ela se torne capaz de sustentar-se, e deve ser protegida contra toda forma de exploração.

A criança deve ser criada na consciência de que seus talentos devem ser colocados a serviço de seus semelhantes.

Em 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo que a infância tem direito a cuidados e assistências especiais e, em 1959, surge a Declaração dos Direitos da Criança¹⁸⁵, que também possuía um texto não vinculativo, com dez princípios, sendo identificada uma aproximação muito grande do texto com o da Declaração de 1924, fato este atribuído à necessidade de se ter um consenso geral, por ter “sido uma iniciativa de última hora da Polônia e de ela corresponder às prioridades e visão das autoridades polacas da altura em matéria de infância”¹⁸⁶. Soma-se a essas questões o fato de estarmos em momentos delicados na política internacional em virtude da “Guerra Fria”.

Em 1979, a Comissão dos Direitos do Homem resolveu adequar a Convenção sobre os Direitos da Criança às suas reais necessidades e elaborar um texto com os direitos mais detalhados e com força obrigatória, criando um grupo de trabalho do qual todos os Estados-Membros da ONU poderiam participar como membros e enviando observadores. O resultado foi a atual Convenção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, por meio da Resolução 44/25, na data do trigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, sendo, então, esta data estabelecida pela ONU como Dia Universal da Criança¹⁸⁷.

7.1 A Declaração de 1989 – A Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas, realizada no dia 20 de novembro de 1989, em sua sede em Nova York, Estados Unidos, e é o tratado internacional de direitos humanos que foi ratificado mais rapidamente e amplamente na história. O Brasil ratificou a Convenção no dia 24 de setembro de 1990 e, por meio do Decreto 99.710/90, promulgou a Convenção no dia 23 de outubro de 1990. Portugal ratificou a Convenção em 21 de setembro de 1990.

A grande diferença entre as Declarações e a Convenção é a de esta vincular efetivamente os Estados Partes em vez de somente reconhecer os direitos, com obrigações de caráter somente moral, tornando-os “responsáveis pela realização dos direitos da crianças e por todas as acções que tomem em relação às crianças”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Vide em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 1 abr. 2015.

¹⁸⁶ ALBUQUERQUE, Catarina. As Nações Unidas, a Convenção e o Comité, **Boletim do Ministério da Justiça**, números 83 e 84, Lisboa, 2001, p.28.

¹⁸⁷ Idem, p.31.

¹⁸⁸ Idem, p.33.

A Convenção, conforme dispõe seu artigo primeiro, considera como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, ressalvando, no entanto, a possibilidade de ser estabelecida idade inferior pela legislação de um Estado Parte¹⁸⁹.

A convenção consagra quatro princípios com fins de, apesar da multiculturalidade e da diversidade de realidades dos Estados Partes, servirem como orientadores da interpretação e implementação de programas nacionais, quais sejam: o de não discriminação, o do interesse superior da criança¹⁹⁰, do direito à vida, do direito à sobrevivência e desenvolvimento e, por fim, o que consagra o direito das crianças de manifestarem sua opinião, previstos nos artigos 2º, 3º, 6º e 12º da convenção¹⁹¹.

Por intermédio do artigo 43, a Convenção previu o estabelecimento de um Comitê para os Direitos da Criança, com funções de examinar os progressos no cumprimento das obrigações contraídas, mediante a observação dos relatórios apresentados a cada cinco anos, acerca das medidas adotadas com o fim de tornar efetivos os direitos declarados. Assim, ao tornar-se parte do instrumento internacional, o Estado Parte assume:

- *obrigações de conduta* – tal como a prevista no artigo 4º da Convenção, a impor a

¹⁸⁹ O item vinte e quatro das linhas gerais para apresentação dos relatórios menciona a necessidade dos Estados Partes informarem a idade mínima legal para: Aconselhamento legal e médico sem autorização dos pais; Tratamento médico ou cirurgia sem o consentimento dos pais; Termo da escolaridade obrigatória; Admissão a emprego ou trabalho, incluindo trabalho arriscado e trabalho a tempo inteiro ou a tempo parcial; Casamento; Consentimento sexual; Alistamento voluntário nas forças armadas; Recrutamento nas forças militares; Participação em hostilidades; Responsabilidade criminal; Privação da liberdade, designadamente, prisão ou detenção, entre outras, nas áreas de administração da justiça, pedido de asilo e colocação das crianças em instituições de saúde e bem-estar; Pena de morte e prisão perpétua; Prestação de depoimento em tribunal em matéria civil e criminal; Instauração de queixas e pedidos de indemnização perante os tribunais ou outras autoridades relevantes sem o consentimento dos pais; Participação em processos administrativos e judiciais que afectem a criança; Prestação de consentimento para alteração de identidade, designadamente, mudança de nome, modificação das relações familiares, adopção, tutela; Acesso a informação relativa à família biológica; Capacidade legal para herdar e celebrar transmissões de imóveis; Criação e participação em associações; Escolha de uma religião ou assistência a aulas de religião na escola; Consumo de álcool e outras substâncias de utilização controlada; A relação entre a idade mínima de acesso ao emprego e a escolaridade obrigatória, o modo como tal afecta o direito da criança à educação e a medida em que os instrumentos internacionais relevantes são tidos em consideração; Nos casos em que a legislação estabelece uma diferença entre rapazes e raparigas, designadamente no que respeita o casamento e o consentimento sexual, a medida em que o artigo 2.º da Convenção foi tido em consideração; Nos casos em que o critério da puberdade é utilizado pela lei penal, a medida em que tal disposição é aplicada a rapazes e raparigas e se os princípios e disposições da Convenção são tomados em consideração.

¹⁹⁰ Fazemos a ressalva de que não foi muito feliz a tradução do texto do artigo 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, já que ao ser efetuar a atividade verteu-se o texto “the best interests of the child” para “o interesse maior da criança”, transmitindo noção de grandeza em vez de qualidade. Talvez o tradutor tenha assim agido por não estar atento para a palavra best e o seu significado. Em vista deste fato, parte da doutrina, v. g., PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 39, que em sintonia com o que consideramos a mais adequada interpretação constitucional, trata o princípio como melhor interesse da criança.

¹⁹¹ Ficha informativa nº 10, Rev. I, sobre direitos Humanos publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, Lisboa, 2012, p. 5.

necessidade de adotar diversas medidas, entre elas administrativas e legislativas, com o objetivo de implementação e realização dos direitos reconhecidos, utilizando ao máximo os recursos disponíveis.

- *obrigações de resultado* – que “tornam obrigatória a adoção de parâmetros e referenciais, para avaliar se as medidas adotadas e as políticas públicas conduzidas estão, efetivamente, assegurando a realização do direito garantido”¹⁹².

Conforme o manual da comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados menciona, o Estado Parte tem obrigação de, no mínimo, “respeitar, proteger e implementar. Ao respeitar, o Estado se compromete a não violar o direito reconhecido. Ao proteger, o Estado defende o cidadão das violações por parte de terceiros, o que faz com que o Estado tenha, muitas vezes, de editar leis, estabelecendo o dever dos particulares respeitarem os direitos humanos. Por fim, o dever de implementar significa que, em muitas situações, é o próprio Estado o responsável pelo atendimento direto do direito, quando o titular não consiga sozinho dele se desincumbir”¹⁹³.

7.2 O Comitê e os relatórios

Comitê para os Direitos da Criança é um órgão, tal como os comitês criados pela maioria das convenções, encarregado de fiscalizar o cumprimento dos compromissos assumidos, sendo utilizado para a atividade o sistema de relatórios.

A elaboração dos relatórios tem lugar num espírito construtivo, com ótica de cooperação nacional e troca de informações, com o objetivo de identificar problemas e debater medidas a serem tomadas de modo a possibilitar a atuação do Comitê em instituições como UNICEF, OIT, etc, com a finalidade de proporcionar assistência ao Estado Parte¹⁹⁴.

O Comitê dos Direitos da Criança estabeleceu linhas gerais de orientação, de forma e conteúdo dos relatórios periódicos¹⁹⁵. Elas foram adotadas na sua 343ª assembleia (décima

¹⁹² COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Manual sobre o que fazer em caso de violação dos direitos do cidadão**. Brasília, 2002, <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/ultimos_informes/010302%20-%20Cartilha%20-%20De%20Olho%20na%20Cidadania.htm>. Acesso em: 11 abr. 2015.

¹⁹³ <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/ultimos_informes/010302%20-%20Cartilha%20-%20De%20Olho%20na%20Cidadania.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015.

¹⁹⁴ Nesta parte, seguimos de perto a Ficha informativa nº 10, Rev. I, sobre direitos Humanos publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, Lisboa, 2012.

¹⁹⁵ <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-comite-dc-general-guidelines.html>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

terceira sessão), em 11 de outubro de 1996. Assim, conforme prevê o item sete das linhas gerais, os relatórios devem ser acompanhados de cópias dos principais textos legislativos e decisões judiciais, bem como de dados estatísticos detalhados, indicadores neles referidos e pesquisa relevante sobre a matéria.

Essas linhas gerais são de consulta obrigatória, não só pelos operadores de direito, mas também por todas as pessoas que lidam quer direta ou indiretamente com os direitos protegidos, sendo um verdadeiro manual de interpretação dos direitos reconhecidos.

Com relação às reuniões do Comitê dos Direitos da Criança, apesar de o artigo 43º prever, inicialmente, a realização de uma reunião anual, diante das necessidades provocadas pelo volume de trabalho, a Resolução 47/112 alterou para duas reuniões anuais e, após e por fim, por meio de solicitação ao Secretário-Geral, passou-se a realizar três sessões anuais. As reuniões possuem o objetivo de analisar os relatórios apresentados e debater com os Estados Partes questões sobre o avanço no cumprimento das obrigações assumidas, das metas estabelecidas, bem como das dificuldades enfrentadas.

Conforme menciona Catarina Albuquerque “a apresentação de relatórios pelos Estados Partes não deve consistir no mero cumprimento de uma obrigação formal ao abrigo da Convenção, consistindo antes na reafirmação de um compromisso por parte dos Estados Partes no sentido de respeitar e assegurar os direitos humanos das crianças, bem como numa via para promover o diálogo e cooperação entre os Estados Partes na Convenção e o Comitê”¹⁹⁶.

7.3 Mecanismos regionais de proteção dos direitos da criança

Conforme leciona Catarina Albuquerque, para além do sistema internacional de proteção, temos ainda, também de forma complementar e vinculada ao texto da Convenção, já que conforme cediço as disposições dos instrumentos regionais não podem prever e reconhecer algo que contrarie a Convenção internacional, os documentos regionais de proteção aos direitos das crianças, como a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança de 1991, como forma de adaptar “a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos

¹⁹⁶ ALBUQUERQUE, Catarina. As Nações Unidas, a Convenção e o Comitê, **Boletim do Ministério da Justiça**, números 83 e 84, Lisboa, 2001, p.45.

da Criança à realidade africana”¹⁹⁷.

O Conselho da Europa criou, em sede regional, a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança em 1996, que é um instrumento de regras processuais com o fim de garantir a participação das crianças em todos os procedimentos que as afetem.

Assim, em conformidade com seu preâmbulo, há o reconhecimento de que as crianças devem ter a possibilidade de exercer seus direitos nos processos de família que lhes digam respeito e o direito de receber informações relevantes para possibilitar suas manifestações, que devem ser levadas em consideração. Já nas disposições, há previsão de nomeação de um representante ou advogado para assistir a criança na atuação como parte no processo em que os genitores ou titulares do poder familiar estejam impedidos de representar a criança devido ao conflito estabelecido entre eles e a criança.

Sob o nosso ponto de vista, a Europa encontra-se com uma postura mais moderna e respeitadora da Convenção de modo a se colocar à frente do sistema interamericano e da atividade jurisdicional brasileira¹⁹⁸. Isso porque mostra-se aparentemente evidente que o núcleo essencial do direito de a criança se manifestar pessoalmente, ou através de um advogado, nos processos nos quais será decidido o seu destino deva ser respeitado, para além de qualquer debate sobre a posição majoritária da justiça brasileira, que não permite esta participação e não nomeia um profissional para atuar pela criança. A experiência prática evidencia que, em muitas das vezes, os direitos das crianças, possuidoras de proteção especial, acabam por serem deixados em segundo plano e, ao fim e por muitas vezes, elas têm os seus direitos mais básicos desrespeitados ou preteridos.

A Convenção também criou um comitê para fins de examinar problemas relacionados com a sua aplicação, podendo analisar questões relevantes concernentes à interpretação e aplicação, podendo emitir uma recomendação ao Estado Parte e prestar aconselhamento e assistência a órgãos nacionais que possuam a finalidade de apresentar propostas de reforço

¹⁹⁷ Idem, p. 33.

¹⁹⁸ Agravo nº 0061325-83.2014.8.19.0000/TJRJ-Julgado em 24/02/2015, negando a nomeação de representante. Procedimento para aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional de menor. Atuação do ministério público. Decisão alvejada que deixou de nomear a defensoria pública como curadora especial de menor. No mesmo sentido, mandado de segurança nº 0054458-74.2014.8.19.0000 – /TJRJ, julgado em 17/03/2015, consulta em 13/04/2015. No mesmo sentido STJ, <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Defesa-de-crianças-e-adolescentes-exercida-pelo-MP-dispensa-intervenção-da-Defensoria-Pública>. Acesso em: 22 abr. 2015.

dos textos legais ou projetos de lei relativos ao exercício dos direitos das crianças, entre outros. Cada Estado Parte pode atuar através de um ou mais delegados, possuindo, no entanto, o direito a somente um voto para a tomada de decisões do conselho.

7.4 Modo de acesso aos comitês

O terceiro protocolo facultativo à Convenção sobre os direitos da criança, que estabeleceu a possibilidade de petições individuais comunicando violações de direitos protegidos, foi adotado pela Resolução 66/138, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 2011, e aberto à assinatura em Genebra, na Suíça, em 28 de fevereiro de 2012, entrando em vigor no plano internacional no dia 14 de abril de 2014.

Em Portugal, ingressou no sistema normativo através da Resolução da Assembleia da República n.º 134/2013, de 9 de setembro do mesmo ano, e entrou vigor na ordem jurídica portuguesa no mesmo dia que no plano internacional, dia 14 de abril de 2014. Já o Brasil assinou o protocolo, mas ainda não o ratificou¹⁹⁹.

A comunicação individual deve obedecer a alguns dos critérios aqui já mencionados, podendo ser apresentada pela própria vítima da violação dos direitos previstos na Convenção, ou grupo de vítimas, pessoalmente ou por um representante devidamente autorizado pelas vítimas ou pelo grupo. Não é admitida denúncia anônima. A questão deve ser nova, ou seja, não pode ter sido, ou estar sendo, objeto de apreciação pelo Comitê em outro processo, tendo também de ter ocorrido após a entrada em vigor do protocolo. Devem ter sido esgotados os recursos internos previstos, a não ser que estes estejam para ser julgados por tempo não razoável, bem como deve ser apresentada dentro do prazo de um ano após o esgotamento dos recursos internos.

Esta forma de comunicação é uma grande evolução e desburocratiza o acesso à comissão que, muitas das vezes, não se mostra viável ou eficiente para as questões cotidianas.

7.5 As Regras de Beijing

As Regras de Beijing são as regras mínimas da ONU para a administração da justiça de menores, adotadas pela Resolução das Nações Unidas de número 40/33 da Assembleia

¹⁹⁹ Cf. <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 13 abr. 2015.

Geral, ocorrida em 29 de novembro de 1985.

“Trata-se do primeiro instrumento internacional que compreende normas pormenorizadas para a administração da justiça de menores, tomando em consideração os direitos da criança e o seu desenvolvimento”²⁰⁰.

As regras orientam os Estados-Membros a promoverem o bem-estar do menor e da sua família, devendo se esforçar para criarem condições que assegurem à criança uma vida útil na comunidade, afastando-a da criminalidade e da delinquência, de forma a reduzir a necessidade de intervenção da lei e tratar de forma eficaz, equitativa e humanitária o jovem em conflito com a lei.

As regras reconhecem que muitas das vezes há prejuízos causados pela intervenção da justiça menorista e a necessidade de seu aperfeiçoamento e melhoria constante da qualidade dos serviços prestados.

As regras trazem a definição: de jovem, como a criança ou jovem que pode ser punido por uma infração; de infração, como o comportamento do jovem passível de punição por lei; e de infrator, como a criança ou o adolescente acusado ou considerado culpado por ter cometido uma infração.

As regras também mencionam os “delitos de status” que é a possibilidade de um sistema jurídico considerar como delito um comportamento que se fosse praticado por maior não seria típico, como, por exemplo, indisciplina escolar, etc.

As regras também reconhecem que deve haver certa margem de discricionariedade diante da grande diversidade de necessidades dos jovens e da diversidade de medidas aplicáveis. No entanto, estabelecem que as decisões devem pautar pela proporcionalidade da resposta à infração, em que devem ser levadas em consideração as circunstâncias e necessidade dos jovens, assim como da sociedade. Estabelecem, ainda, os direitos dos jovens, regras para a proteção da intimidade, etc, traduzindo-se em um eficaz mecanismo de proteção dos direitos, sendo imprescindível o conhecimento do instrumento por parte de todos os operadores do sistema.

²⁰⁰ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família, uma questão de direito(s)**, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 21.

7.6 Demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos das crianças

Hoje em dia, o sistema de proteção aos direitos fundamentais no plano interno, e proteção dos direitos humanos no plano externo, de um Estado é formado por um número incontável de normas que são incrementadas dia a dia com a edição de novas, o que exige uma atualização incessante das pessoas que atuam na área de proteção desses direitos.

Em linhas gerais, apresentamos aqui os documentos internacionais que podem ser considerados como a linha mestra do sistema internacional de proteção. Nós não podemos deixar de mencionar, embora seja aparentemente evidente, que existem inúmeros outros documentos internacionais, também de extrema importância para a garantia dos direitos reconhecidos, como: as Diretrizes de Riad, que estabelecem uma estratégia global para o enfrentamento dos problemas relacionados ao abandono, maus-tratos, uso de drogas e exposição a riscos sociais; as Regras da ONU para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, etc.

7.7 Relação entre a execução das decisões dos tribunais internacionais e a soberania

No plano das decisões proferidas pelos tribunais internacionais, e execução destas, encontramos diversos questionamentos sobre a eventual interferência daquelas na soberania do Estado, que é a autoridade de auto-orientação, determinação e governo sem qualquer dependência ou interferência de um Estado estrangeiro²⁰¹.

Assim, com relação às teorias acerca do ordenamento normativo no plano externo e interno, não poderíamos deixar de mencionar a existência de duas correntes: a monista e a dualista. A primeira sustenta que há uma só ordem e esta se subdivide em: uma que entende prevalecer a ordem interna e outra que entende prevalecer a ordem externa. Já a corrente que sustenta o dualismo preconiza a existência de duas ordens, sem primazia de nenhuma e com a “necessidade de autorização do Estado para que a norma internacional possa vigorar na ordem interna”²⁰². Ainda não há um consenso acerca dessas teorias e foge ao objeto deste estudo uma análise mais aprofundada.

²⁰¹ Cf. CARIDADE, Pedro de Freitas; HOMEM, António Pedro Barbas, **Textos de Apoio de Histórias das Relações Internacionais**, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 23.

²⁰² García, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 21.

Uma vez identificada a violação dos Direitos Humanos por parte dos organismos internacionais, o Estado Parte pode ser instado a fazer com que ela cesse e envide esforços para que tal não se repita, bem como repare os danos causados e restabeleça a situação ao seu estado anterior, se possível, ou, no caso de impossibilidade, efetue uma indenização em dinheiro. O Estado pode ainda pedir desculpas oficiais, criar instituições com a finalidade de lembrar as violações cometidas, desenvolver programas de formação e capacitação pessoal ou mesmo punir os ofensores como forma de reparar o dano²⁰³.

Ao comentar sobre a força das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Catarina Botelho menciona que “o TEDH não pode ser considerado um órgão de último recurso face aos tribunais nacionais, no sentido de se sobrepor à justiça constitucional, ou de actuar como um órgão de revisão integrativa supranacional”²⁰⁴.

Assim, um eventual conflito entre a ordem interna e externa não é solúvel pelas formas cotidianas de soluções de conflitos, bem como a ordem externa não prevalecerá sobre a interna, de forma que a resolução é a responsabilização do Estado inadimplente²⁰⁵, sendo possível ainda outras formas de sanções como políticas, econômicas, etc.

O direito internacional convencional humanitário

Um órgão unipessoal foi constituído, como modo de melhor operacionalizar a infraestrutura de apoio a todos os mecanismos convencionais e extraconvencionais de promoção e proteção dos direitos humanos. É o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, que tem como titular atual Mary Robinson, Alta Comissária.

O Alto Comissariado mantém um *site* na internet, com toda a documentação sobre todos os órgãos de monitoramento de direitos humanos. Vale a pena conferir: <http://www.unhchr.ch/>.

Na sequência, veremos um breve histórico da legislação infantojuvenil, por acharmos importante trazer ao estudo um breve histórico do sistema tutelar português, que durante algum tempo vigorou no Brasil, e assim possibilitar-nos uma visão da evolução, ainda que

²⁰³ Cf., ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**, coordenador Sven Peterke. Brasília, DF, 2010, p. 147.

²⁰⁴ BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**, Coimbra, Almedina, 2010, p. 320.

²⁰⁵ García, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, 2005, p.22.

superficial, da legislação.

8 Sistema tutelar/infracional

Aqui, daremos uma breve notícia histórica do sistema tutelar de Portugal, uma vez que do descobrimento até 1830, no Brasil, a normatividade aplicável era a portuguesa, sendo que nos permitimos apresentar um breve panorama da legislação portuguesa.

8.1 Breve notícia do sistema tutelar de Portugal

No decorrer da história, apesar de as crianças possuírem uma espécie de proteção na área penal, com a irresponsabilidade até uma determinada idade, e alguns benefícios, como não poderem ser condenadas à morte, em algumas legislações, ou possuírem o direito à fixação de penas mais brandas, a bem da verdade, o tratamento dispensado aos maiores de sete anos no que concerne ao processo penal, e mesmo no cumprimento da pena, era o mesmo do que o dispensado aos adultos²⁰⁶.

Antes de surgir o primeiro Código Penal português, durante a Idade Média “houve leis; desde uma lei de D. Afonso Henriques, conhecida por referência indirecta, até às leis de D. Afonso III, e por aí diante. Nos fins da Idade Média promulgaram-se bastantes leis e, finalmente, em 1446 surgiu a primeira compilação legislativa, as Ordenações Afonsinas, a que seguiram as Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), estas com vigor até os códigos modernos”²⁰⁷.

O primeiro Código Penal de Portugal data de 1852, que mantém a irresponsabilidade até os sete anos, conforme previa o parágrafo segundo do artigo vinte e três, e previa inimputabilidade dos sete aos quatorze anos no parágrafo terceiro do mesmo artigo, exigindo, no entanto, que o ato fosse praticado sem discernimento²⁰⁸, a possibilitar a aplicação de pena a jovens nesta faixa etária, caso fosse entendido que os eles obraram com discernimento. Pelo Código, por força do disposto no septuagésimo primeiro artigo²⁰⁹, não era possível a aplicação de pena de morte a menor de dezessete anos. No mais, além de alguns outros benefícios, como somente poder ser aplicada pena de prisão a maiores de 10 anos, o código

²⁰⁶ Cf. JORDÃO, Carlos Alberto Rosa de Carvalho. **Menoridade e privação de liberdade no direito tutelar de menores**, Coleção *Scientia Iuridica*, Livraria Cruz, Braga, 1967, p. 5 e ss.

²⁰⁷ HESPANHA, António Manuel. Terão os juízes voltado ao centro do direito, **Revista Julgar**, especial, Coimbra Editora, 2009, p.65.

²⁰⁸ Vide em <<http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1829.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

²⁰⁹ Vide em <<http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1829.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

“pouco ou nada divergia, nos seus contornos essenciais, do aplicável aos adultos”²¹⁰, sendo as penas cumpridas nos mesmos estabelecimentos e da mesma forma que os adultos cumpriam, até que em 1871 surgiu a primeira Casa de Detenção e Correção de Lisboa, que foi seguida por diversas outras.

“Em Portugal o caminho para especialização do direito juvenil, inicia-se, outrossim, com a publicação da Lei de 27 de maio de 1911”²¹¹, a chamada Lei da Proteção à Infância, que retirou os jovens do modelo adulto de processo, penas e cumprimento destas. A lei foi alterada diversas vezes e, por meio da Lei 10.767/25 foi viabilizada “a aplicação da Lei a todo o território, através da criação dos tribunais da infância em todas as comarcas e com ele deixou de aplicar aos menores o Código Penal e o Processo Penal”²¹².

A lei foi responsável pela superação do modelo que via a criança como um pequeno adulto e passou a implementar a “gradual tomada de consciência de que a criança não nasce adulto, mas torna-se adulto, num processo de desenvolvimento psico-social”²¹³.

Após, veio a Lei de Organização Tutelar de Menores, Lei 44.288, datada de abril de 1962, que diante de sua grande subjetividade conferiu arbítrio ilimitado aos aplicadores da lei ao argumento de que ao ter função de proteção do menor, não deveria ser-lhe asseguradas garantias de defesa²¹⁴, de modo a possibilitar a intervenção do Estado em casos em que a criança ou o adolescente não praticou qualquer conduta assemelhada a crime.

Em 1974, houve uma revisão do sistema que “sob a capa ‘protectora’ era, na realidade, violador dos direitos fundamentais dos menores e das famílias”²¹⁵, que entrou em vigor em 1978 por meio do Decreto 314/78. No entanto, estas questões das violações não foram resolvidas, tanto que o artigo 29 permitia que as medidas fossem tomadas com “base na personalidade e das condições de vida e familiares dos menores, relegando-se os factos praticados para segundo plano, valorados apenas como ‘sintomas de inadaptação’ e sem terem

²¹⁰ JORDÃO, Carlos Alberto Rosa de Carvalho. **Menoridade e privação de liberdade no direito tutelar de menores**, Coleção *Scientia Iuridica*, Livraria Cruz, Braga, 1967, p. 19.

²¹¹ Idem, p. 8.

²¹² RODRIGUES, Almiro Simões. Seminário "Menores em risco numa sociedade em mudança". Lisboa 11, 12 e 13 Novembro, 1992, Provedoria de Justiça, 1994. P.10.

²¹³ RODRIGUES, Almiro Simões. Seminário "Menores em risco numa sociedade em mudança". Lisboa 11, 12 e 13 Novembro, 1992, Provedoria de Justiça, 1994.

²¹⁴ Cf. MIRANDA, Anabela; FONSECA, António Carlos Duarte, **Comentário da Lei Tutelar Educativa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

²¹⁵ MIRANDA, Anabela; FONSECA, António Carlos Duarte, **Comentário da Lei Tutelar Educativa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 10.

de ser provados com rigor; todas as medidas são de duração indeterminada, cessando ‘quando o tribunal lhes ponha termo em virtude de o menor se mostrar socialmente readaptado ou quando este atingir os 18 anos’²¹⁶, sendo a continuação do desrespeito aos direitos fundamentais evidentes a não ser conferido o direito de defesa por um advogado²¹⁷.

Atualmente, o sistema português é dotado de duas leis para tratar das questões relativas à infância e juventude: a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei 147/99, e a Lei Tutelar Educativa, Lei 166/99. A primeira trata de situações em que a criança ou o adolescente é vítima de maus-tratos ou se encontram em situação de risco e a segunda, de situações referentes à prática de ato análogo a crime pelo adolescente.

Assim, a Lei Tutelar Educativa surgiu da necessidade de incrementar o respeito aos direitos fundamentais do menor no enfrentamento das questões relativas à delinquência.

A Lei Tutelar Educativa tem um cunho de proteção do jovem e parte do princípio “de que não são imputáveis e de que está na sociedade a origem dos males”²¹⁸, de forma que o Estado venha a intervir quando venha a falhar a família ou os seus educadores, possibilitando o cometimento de um ato designado como crime pelo jovem.

8.2 Sistema infracional brasileiro

Na época do Brasil colonial, as Ordenações do Reino de Portugal é que eram as leis aplicáveis na colônia. Estas conviveram, de certa forma, com a legislação indígena local, que era baseada nos costumes.

Assim, no tempo do descobrimento, as Ordenações Afonsinas é que estavam em vigor, sendo substituídas pelas Manuelinas, em 1513, e pelas Filipinas, em 1603.

Após a independência, em 1822, na área penal/infracional, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigor até o advento do Código Penal do Império, de 16 de dezembro de 1830, que foi seguido pelos: Código Penal de 1890; Código de Menores de 1927; Código de

²¹⁶ MIRANDA, Anabela; FONSECA, Antônio Carlos Duarte, **Comentário da Lei Tutelar Educativa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 11.

²¹⁷ Este dispositivo foi declarado inconstitucional por meio dos acórdãos 488/95, 556/95, 611/95 e 870/96, conforme mencionado por MIRANDA, Anabela; FONSECA, Antônio Carlos Duarte, **Comentário da Lei Tutelar Educativa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 12.

²¹⁸ MIRANDA, Anabela; FONSECA, Antônio Carlos Duarte, **Comentário da Lei Tutelar Educativa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 13.

Menores de 1979, conhecido como Código de Mello Mattos; e, finalmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Código Penal do Império de 1830

No Código Penal do Império de 1830, a responsabilização penal se dava a partir dos quatorze anos, conforme previa o parágrafo primeiro do artigo décimo. No entanto, ao menor de quatorze anos poderia ser aplicada medida de internação em casa de correção caso fosse provado que o jovem tivesse obrado com discernimento. Contudo, a medida não poderia se estender além dos dezessete anos, conforme previsto pelo artigo 13 do mesmo Código²¹⁹.

Código Penal de 1890

No Código Penal de 1890, em conformidade com os parágrafos primeiro e segundo do artigo 27, não eram considerados criminosos os menores de nove anos e, entre os nove e quatorze anos, cabia o recolhimento dos jovens em estabelecimentos disciplinares, ao arbítrio do juiz, contanto que os jovens tivessem atuado com discernimento e que o recolhimento não se estendesse para além dos dezessete anos²²⁰.

Antes de entrar em vigor o Código de Menores de 1927, surgiu a Lei 4.242, de 3 de janeiro de 1921, que abandonou o critério biopsicológico e estabeleceu o critério objetivo de imputabilidade penal aos 14 anos de idade, já que até então poderia ser aplicada medida a jovens caso fosse entendido que o ato tinha sido praticado com discernimento.

Código de Menores de 1927

O Código de Menores de 1927, conhecido como Código de Mello Mattos²²¹, considerava circunstância atenuante a idade compreendida entre 18 e 21 anos de idade, e estabeleceu como imputáveis os jovens entre quatorze e dezoito anos, nos sexagésimo sexto e sexagésimo oitavo artigos, bem como no septuagésimo sétimo artigo, que o cumprimento da pena dos crimes praticados após os dezoito anos de idade seria efetuado em estabelecimento separado dos maiores.

²¹⁹ Vide o código completo em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

²²⁰ Vide o código completo em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 23 abr. 2015.

²²¹ José Cândido de Albuquerque Mello Mattos foi professor, parlamentar, advogado e o primeiro juiz de menores do Brasil. Foi autor do projeto de lei do Código de Menores de 1927.

O Código Penal de 7 dezembro de 1940, que entrou em vigor em janeiro de 1942, é o atual Código Penal brasileiro, apesar de ter sofrido uma grande reforma na sua parte geral em 1984, e manteve o critério biológico da inimputabilidade até os 18 anos de idade.

Código de Menores de 1979

O Código de Menores de 1979 implementou a doutrina da situação irregular como forma de punir os jovens em situação de pobreza, constando já no primeiro artigo a finalidade de vigilância dos menores e, por ter o projeto sido desenvolvido em plena ditadura militar, objetivava a repressão dos direitos da pessoa em desenvolvimento como forma de defesa da segurança do Estado.

De acordo com o artigo segundo, o jovem era considerado estar em situação irregular em virtude de se ver privado das condições essenciais à sua subsistência, saúde ou instrução, ou mesmo por perigo moral, por se encontrar em ambiente contrário aos bons costumes, por desvio de conduta ou por inadaptação comunitária, sendo possibilitada pelo artigo 41 a internação do jovem por motivos de desvio de conduta ao inteiro arbítrio da autoridade judiciária. O artigo também permitia internação em estabelecimentos destinados a maiores, além da manutenção da internação ou sua transformação em detenção nos moldes da legislação penal até que um juiz de execuções penais se manifestasse extinguindo a medida²²².

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, deu um grande passo para o respeito dos direitos das crianças e dos adolescentes, acabando com a doutrina da situação irregular que punia a pobreza, bem como estabeleceu o ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção, de modo a impossibilitar a punição dos jovens em virtude de falta de condições essenciais à subsistência, saúde ou instrução, por perigo moral, desvio de conduta ou por inadaptação comunitária, até então passíveis de punição pelo Código de Menores.

“A superação do paradigma da incapacidade, pela adoção do paradigma da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, próprio da condição de sujeito de Direito permite resumir, em poucas palavras, o que implica na adoção da doutrina da Proteção Integral de

²²² Vide texto em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697/impresao.htm> Acesso em: 23 abr. 2015.

Direitos da Criança, norteadora do Estatuto da Criança e do Adolescente, em superação dos primados da Doutrina da Situação Irregular, que inspirava o revogado Código de Menores de 1979.”²²³

O ECA prevê como criança a pessoa com até 12 anos e, como adolescente, a pessoa que conta com idade entre 12 e 18 anos, bem como prevê que em nenhuma hipótese as medidas podem ser aplicadas ao maior de 21 anos de idade²²⁴.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE

No Brasil, até o advento da Lei 12.594/12, que regulamenta o processo de execução das medidas socioeducativas, a execução das sanções aplicadas ficava relegada ao arbítrio e o processo transcorria sem intervenção obrigatória da defesa, valendo aqui lembrar que a execução não se confunde com a medida em si mesma.

Assim, existia no país, em pleno século XXI, um sistema de execução de medidas baseado no arbítrio a possibilitar graves violações aos direitos fundamentais e humanos dos jovens, visto que o processo de execução se desenvolvia sem a participação de advogado, sem possibilitar a manifestação do adolescente e sem qualquer limite para atuação punitiva estatal.

Com o SINASE, a discricionariedade e o subjetivismo, que segundo as lições do Doutor João Batista da Costa Saraiva, nunca são bons, encontraram limites.

O SINASE explicita princípios no trigésimo quinto artigo, como: legalidade, excepcionalidade, proporcionalidade, brevidade, individualização, não discriminação, entre outros, muitos destes já previstos em instrumentos internacionais e decorrentes de uma boa interpretação do ECA e da legislação em vigor. O SINASE, por meio do inciso segundo do parágrafo segundo do artigo primeiro, instituiu o PIA, plano individual de atendimento, que foi devidamente regulamentado pelos artigos 52 e seguintes da lei, e que estabelece um atendimento individualizado de forma a integrar os jovens à sociedade e estimular a participação da família neste processo, sendo este um importante passo para o respeito dos direitos dos jovens sentenciados, já que antes, conforme mencionado, os processos ficam

²²³ SARAIVA, João Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.24.

²²⁴ Vide artigo 2º da Lei 8.069/90 em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

tramitando à sua própria sorte e sem respeitar os direitos dos sentenciados²²⁵.

²²⁵ Vide texto integral da lei em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

CAPÍTULO III

INTERPRETAÇÃO, SUBSUNÇÃO E OBEDIÊNCIA – UM CAMINHO PARA A EFETIVIDADE DAS NORMAS

Passaremos, neste capítulo, a analisar questões acerca da necessidade da interpretação, com a finalidade de se aplicar a lei, o âmbito desta, já que há correntes que podem sustentar que as normas não se encontram todas positivadas ou se há um fundamento moral justificador das decisões que não encontram amparo na lei.

Analisaremos questões filosóficas ao longo da História acerca da obrigação de obediência às leis, da finalidade da Justiça, da argumentação jurídica, e da figura do julgador e seus eventuais limites.

Sob o nosso ponto de vista, entendemos tais como importantes para a formação do juízo crítico e reflexão sobre a discricionariedade e à obrigação de submissão à lei. Como já mencionava Dworkin, ao criar a figura do juiz Hércules, deveria este juiz mitológico não somente utilizar as regras para resolver os casos difíceis, mas também a filosofia política.

A importância deste breve estudo filosófico poderá ser melhor compreendida com a análise final dos casos concretos que serão apresentados no último capítulo. Acreditamos que com este capítulo poderemos constatar que as questões hoje enfrentadas, embora possuam algumas particularidades devido à natural evolução da sociedade, não são de todo novas.

9 O MOMENTO DA SUBSUNÇÃO

Chamaremos de o momento da subsunção a atividade do aplicador da lei, que pode ser o diretor de escola, o jurista, o funcionário administrativo ou, especificamente, o juiz, que de posse do caso concreto tem a necessidade de apresentar um resultado jurídico para a questão que lhe fora submetida.

Este resultado, de acordo com cada corrente de interpretação, será influenciado, ou não, por fatores como a moral e se submeterá, ou não, à legalidade. Dependendo do grau desta atividade, não estaremos falando de subsunção efetivamente, mas, tecnicamente, de ponderação.

Em muitas das vezes, a atividade pode ser realizada de forma intuitiva. No entanto, há necessidade de utilizarmos um certo rigor técnico, que demanda conhecimentos e experiência específicos, sendo que estes devem ser observados para a que a atividade se revista de validade e sustentação jurídica.

Esta sustentação jurídica é a única capaz de trazer, na medida do possível, estabilidade e uniformidade das decisões, desejável não só pela própria finalidade do Direito, mas como anseio da própria sociedade para a qual, assim como foi o Estado, foi o Direito construído.

Como observa do Doutor Professor Antônio Pedro Barbas Homem: “a compreensão da função de julgar não pode ser dissociada do estudo dos instrumentos metodológicos de interpretação e aplicação da lei.”²²⁶

Aqui, devemos fazer uma observação de que ora estaremos analisando ou comentando casos constitucionais e ora casos corriqueiros infraconstitucionais. Acreditamos que dentro do contexto poderá ser depreendida a diferenciação. Nos casos constitucionais, muitas das vezes não teremos a uniformidade de pensamento, já que poderemos estar diante da figura da ponderação. Já nos casos corriqueiros, em que estaremos diante da figura da subsunção, conforme e pelos motivos que aqui serão apresentados, entendemos que a melhor corrente seja aquela que busca a pretensa estabilidade e previsibilidade das decisões. Observamos, no entanto, que a evolução constante da sociedade implicará possíveis modificações de entendimento acerca de um determinado assunto.

9.1 A necessidade da interpretação para a aplicação da lei

No Direito, deparamos, constantemente, com a necessidade de interpretar textos. Como dito, a atividade pode ser efetuada sem qualquer dificuldade ou se demonstrar mais complexa, sendo certo que no Direito não nos parece haver posições jurídicas óbvias, pois uma posição jurídica, ou um direito, sempre encontra limites não somente na legislação mas também no direito do próximo ou da sociedade.

O professor doutor Barbas Homem, se reportando a Manuel de Castro Mendes diz que “o juiz não pode afastar-se da lei e deve julgar segundo as palavras dela; contudo, se a *mens legis* e a sua vontade forem manifestas, deve seguir-se a vontade do legislador e podem

²²⁶ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus, função jurisdicional e o estatuto em Portugal**. Coimbra Editora Almedina, 2003, p. 271.

omitir-se as suas palavras porque a observância das palavras da lei, neste caso, poderia levar ao resultado contrário do pretendido pelo legislador”²²⁷.

Aqui, analisaremos as questões ligadas à interpretação e à discricionariedade no momento da decisão, englobando nestas qualquer atividade jurídica que tenha como resultado a aplicação da lei em um caso concreto.

Kelsen menciona que “a interpretação da lei deve responder à indagação de como se consegue extrair da norma geral da lei, em sua aplicação à uma situação jurídica de fato concreta, a norma individual correspondente de uma sentença judicial ou de um ato administrativo”²²⁸ e ressalta, ainda, que a interpretação não recai apenas sobre os textos legais, mas também sobre todas as normas que devam ser executadas, como a própria sentença, o ato administrativo, os contratos, etc.

Como já vimos, temos através da hermenêutica alguns caminhos para elucidar o sentido das normas. De posse do significado das normas e, em um segundo momento, na hora da aplicação, podemos ter o conflito destas, em que nos utilizaremos dos critérios para a solução destes, no entanto, em algum momento ou caso específico, pode ocorrer que nenhuma das regras de interpretação ou critérios de solução de conflitos sejam capazes de nos fornecer uma resposta válida para o caso jurídico apresentado.

Além disso, deve ser somada a possibilidade de no momento da decisão haver um espaço para a discricionariedade ou, para algumas correntes, a necessidade de adequação da decisão a uma solução justa. Com relação a esta, Kelsen diz que “deve haver sempre um espaço, ora maior, ora menor, de livre estimativa, de modo que a norma de grau mais alto, em relação ao ato de produção da norma ou da execução, tenha uma moldura que preencha este ato. Até chegar a uma ordem detalhada, é preciso deixar ao executor uma sensação de determinação”²²⁹.

Para ilustrar o mencionado, utilizaremos o mesmo exemplo dado pelo autor em sua obra **Teoria pura do Direito**, como no caso de uma ordem dada para prisão de alguém a ser realizada por um órgão. Caberá ao executor, no cumprimento da decisão, resolver algumas

²²⁷ Idem, p. 279.

²²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

²²⁹ Idem, p. 114.

questões acerca do ato, as quais, muitas das vezes podem surgir na hora da execução, sendo, portanto, imprevisíveis, como, por exemplo, uma resistência ao ato ou algum evento que venha até a impedir que seja executado naquele momento, seja por condições climáticas, saúde do agente que irá executar a ordem, do próprio indivíduo que será preso ou por qualquer outro motivo que venha a obrigar uma tomada de decisões por parte do executor da ordem.

Além das questões imprevisíveis, também há questões acessórias, como o horário e modo de execução da prisão, que certamente não constarão na ordem dada. Mesmo que constem, por mais minuciosa que seja a ordem, sempre haverá algo não previsto.

Assim, seguindo as lições de Kelsen, esta indeterminação, inerente a todo ato jurídico, pode ser maior ou menor e intencional ou não intencional.

Podemos, para ilustrar, utilizar o exemplo do perdão judicial previsto no parágrafo 5º do artigo 121 do Código Penal brasileiro²³⁰, no qual o juiz, a seu critério, pode optar por aplicá-lo ou mesmo exemplificar um grau de discricionariedade mais reduzido, com a faculdade que tem o aplicador de escolher, ao impor uma medida socioeducativa, optar pela medida de liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, até mesmo de cumulá-las, sendo certo que, apesar da discricionariedade conferida pela legislação, o aplicador sempre deverá ficar atento às regras pertinentes como necessidade, proporcionalidade, etc, sob pena de invalidade ou inadequação da atividade efetuada.

De outro lado, pode haver a possibilidade de o legislador ou o ordenador não desejar conferir este espaço, mas, por questões de linguística, ser plausível diversas interpretações às palavras utilizadas ou da frase escrita, a possibilitar a falta de correspondência entre a vontade do legislador, intenção das partes de um contrato, autoridade administrativa, etc, e o ato efetivamente executado.

A indeterminação, ainda segundo Kelsen, pode ser total ou parcial, “esta última ocorre quando a vontade do legislador ou a intenção das partes corresponde, ao menos, a uma das

²³⁰ § 5º – Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Vide em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 9 de maio 2015.

várias acepções que acompanha a expressão verbal da norma”²³¹.

Ao mencionarmos a expressão norma de grau superior, queremos dizer que um ato de vontade sempre deverá encontrar uma correspondência em uma norma de grau superior. Assim, um contrato ou uma sentença devem encontrar correspondência na lei, a qual, por sua vez, deve encontrar suporte na Constituição, de modo que nas palavras do autor há um liame entre a norma de grau superior e aquela que por esta é regulada, não sendo, porém, completa esta subordinação, como já citado.

Mas não é só. No presente estudo, começamos no Capítulo 1 analisando a parte histórica dos direitos fundamentais e a parte analítica das normas, das quais vimos suas subdivisões e estrutura. De posse das informações e, mesmo que de uma forma muito ampla, de conceitos sobre a norma, em que aqui podemos ampliar para legislação, vimos alguns postulados para a interpretação das normas.

Conforme mencionado, ao extrairmos o “significado” das normas, em um segundo momento podemos nos deparar com uma situação de conflito entre estas. Tais conflitos podem ser solucionados por alguns critérios pré-estabelecidos. Ocorre que em diversas oportunidades, mesmo após utilizadas todas as formas de interpretação e critérios para solução de conflitos, estes podem permanecer sem solução, surgindo daí, entre outras, a ponderação como uma técnica para buscar uma solução.

Tal solução pode estar ligada ao arbítrio ou a discricionariedade, mas, em um estado Democrático de Direito, até que ponto podemos falar que há discricionariedade, ou mesmo se essa é ilimitada? Muito se pode dizer, mas acreditamos poder afirmar que todo poder estatal é limitado. No entanto, surge a questão: se a decisão foi proferida com base na discricionariedade, quais seriam os argumentos válidos para justificar tais decisões e como podemos, de uma forma válida, combatê-las juridicamente? Já que este tipo de decisão, baseado na discricionariedade, pode, desde o início, não se adequar às pretensões da sociedade ou, com o evoluir constante desta, indicar a necessidade de modificação do precedente.

Dworkin em sua obra **Levando os direitos a sério**, ao falar sobre a diferenciação entre direito e obrigação jurídica, faz uma série de questionamentos. Mencionando a “teoria

²³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.116.

mecânica do direito”, que é aquela que diz que direito seria “um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juízes as descubram e que, quando falamos sobre obrigações jurídicas, estamos nos referindo às cadeias invisíveis que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem à nossa volta”²³². E, de pronto mostra que essa teoria falha ao não ser aplicável ante a evolução da lei e a obrigações legais problemáticas²³³; no entanto, aponta que os conceitos como direito e obrigação jurídica estão enraizados na estrutura de nossas políticas e não podem ser deixados de lado, e que alguns positivistas mencionam ser isto um mito que serve para induzir as massas a aceitar a ordem social.

Neste capítulo, veremos algumas das doutrinas jurídicas acerca do assunto e buscaremos a elucidação destas questões, verificando quais seriam os argumentos justificadores da decisão ou mesmo quais poderiam ser utilizados para combater uma decisão que não encontra sustentáculo na normatividade. Isto sem deixar de mencionar as correntes para as quais a decisão deve se revestir de um caráter de justiça, mesmo que para tanto tenha de o aplicador se afastar da legalidade.

9.2 O espaço de indeterminação da legislação

Uma vez que a subordinação entre a lei e a decisão não é completa, surge um espaço de indeterminação, que pode ser intencional ou não. A indeterminação intencional se dá quando o legislador, ou o ordenador, estabelece uma forma geral, delegando à lei ou ao aplicador a determinação.

A indeterminação conferidora de várias possibilidades ou modos de execução forma uma moldura dentro da qual há alternativas de execução, de modo que a atividade do intérprete deve se limitar a este espaço conferido. Por exemplo, imaginemos um caso concreto no qual a moldura possibilita algumas interpretações possíveis: A, B, C ou D. O intérprete não pode validamente executar ou decidir F. Assim, conforme o lecionado por Kelsen, a interpretação de uma lei não leva a apenas uma solução, que seria a eventualmente correta, mas a várias decisões possíveis; entretanto, estas devem se adequar ao que o autor chama de moldura.

²³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p.25.

²³³ Idem, p. 26-27. Dworkin nominalistas e positivismo.

Desta forma, a atividade de interpretação deve ser direcionada para verificar quais são os sentidos razoáveis da lei, em vista da possibilidade de haver mais de uma resposta correta para cada caso, e, entre eles, escolher o sentido mais adequado para o caso concreto.

De outro lado, temos a posição na qual “a teoria da interpretação comum fará crer que a lei, aplicada ao caso concreto, só pode fornecer uma decisão correta e, que a ‘correção’ juspositivista dessa decisão acha-se baseada na própria lei”, de modo a tirar a posição pessoal ou mesmo a escolha do intérprete.

Acreditamos que aqui esteja o cerne dos questionamentos que pretendemos nos focar, pois, conforme Kelsen menciona, “simplesmente não existe – caracterizável como juspositivismo – um método, relativamente ao qual, entre os vários significados linguísticos de uma norma, só se possa salientar um como ‘correto’”²³⁴, já que todos os postulados de interpretação conduzem “a um possível, jamais a um único resultado justo”²³⁵. Para além do único resultado, ainda temos a possibilidade dos casos difíceis, ou seja, aqueles nos quais a legislação não apresenta ou aponta para qualquer resultado.

9.3 A teoria da completude do Direito

Nos dizeres de Norberto Bobbio, a completude do Direito entende-se como “a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de norma se chama geralmente ‘lacuna’ (num dos sentidos do termo ‘lacuna’), ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’”²³⁶.

O dogma da completude pode ser atribuído ao Direito Romano, que possuía o pressuposto de ser “um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve limitar-se a escavar para encontrar o veio escondido”²³⁷. Segundo Bobbio, o dogma da completude, nos tempos modernos, encontra fundamento na concepção de que a produção jurídica é de monopólio estatal, pois “admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito

²³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.117.

²³⁵ Idem, p.117.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 115.

²³⁷ Idem, p. 120.

concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal”²³⁸.

A *Escola da Exegese* encontra seu fundamento justo na característica da completude do Direito, que possui, através da codificação, a “confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica”²³⁹.

A teoria da completude do Direito não se encontra livre de críticas, surgindo, entre muitas, a escola do Direito Livre para combater esse dogma.

De toda sorte, devemos fazer um pequeno apanhado histórico para entender o dogma da completude do Direito.

Como vimos, o constitucionalismo, que teve origem nas revoluções liberais ao fim do século XVIII, surgiu como instrumento de limitação do poder e com o objetivo de o indivíduo ter maior liberdade.

Através dele, podemos dizer, de um modo abrangente, que surgiu a divisão dos poderes, como forma de serem coibidos os abusos. Assim, o poder somente encontrava lastro na lei que o criava e o limitava. Desta forma, o primado da lei se opunha ao governo dos soberanos de modo a possibilitar que a sociedade mantivesse sua propriedade em paz e segurança²⁴⁰.

Assim, naquele momento histórico, a submissão incondicional à lei era um instrumento de garantia da sociedade contra os abusos do poder e da liberdade, a qual, como já vimos, englobava a liberdade e propriedade. Com efeito, os artigos quarto e quinto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁴¹ preconiza que ninguém poderá ser proibido ou obrigado a fazer algo a não ser pela lei.

²³⁸ Idem, p. 121.

²³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 121.

²⁴⁰ Cf. GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.39.

²⁴¹ **Art. 4º.** A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 21 maio 2015.

Logo a seguir, surgiu a questão de que a lei não conseguia acompanhar a rápida evolução da sociedade, sendo “impraticável adaptar as leis aos acontecimentos, de modo que as leis poderiam tornar-se perniciosas e até mesmo ‘ser a causa da destruição do Estado’”²⁴².

9.3.1 A crítica ao dogma da completude do Direito

Eugen Ehrlich, em 1925, lança um livro chamado **A lógica dos juristas** fazendo uma crítica ao dogma da completude do Direito, sendo sustentada em três pressupostos:

- “1) a proposição maior de cada raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica;
- 2) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado;
- 3) todas estas normas devem formar no seu conjunto uma unidade.”²⁴³

O movimento de repúdio ao dogma da completude, apesar de ter recebido diversos nomes, ficou conhecido como a escola do Direito Livre segundo as lições de Bobbio²⁴⁴, sendo que esta buscava o reconhecimento da existência de lacunas no Direito, de modo a possibilitar a atividade criativa do aplicador.

Como vimos, o dogma da completude surgiu em determinado momento histórico diante da necessidade da sociedade e, com base nela, este dogma irá ceder, sendo, por Bobbio, atribuída tal queda a dois motivos: o envelhecimento da codificação e o advento da Revolução Industrial.

A Revolução Industrial provocou profunda e rápida mudança na sociedade e exigiu a adaptação do Direito aos fenômenos dela decorrentes, já que até então não havia previsão legal acerca da relação laboral e demais questões que dela surgiram, a provocar, nas palavras do autor, um desajuste entre o Direito Constituído e a realidade social, a tornar necessário que o Direito se adaptasse às multifacetadas necessidades da sociedade.

9.3.2 A questão das lacunas no Direito e o dogma da completude

O questionamento acerca da existência de lacunas no Direito encontra um possível

²⁴² GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.50.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p.122.

²⁴⁴ Idem, p. 122.

obstáculo na característica da completude do ordenamento jurídico, ou seja, para todo caso sempre há uma norma aplicável. Nas lições de Norberto Bobbio: “não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”.

Com efeito, nos casos submetidos ao Judiciário não é admissível a alegação de *non liquet*, ou seja, de que não há norma para solucionar o caso em concreto, devendo o juiz sempre decidir com fundamento em uma norma jurídica, conforme determina o artigo 205 da Constituição portuguesa²⁴⁵ e o inciso IX do artigo 93 da Constituição brasileira²⁴⁶.

As teorias que sustentam a completude do Direito não estão livres de críticas, como, por exemplo, a sustentada por Eugen Ehrlich, que combate a completude do Direito com a *Escola do Direito livre*, que sustenta estar o Direito permeado de lacunas e que cabe ao aplicador da lei criar uma norma para solucionar o caso não regulado²⁴⁷, a conferir uma aparente possibilidade de afronta a diversos princípios constitucionais como o da separação dos poderes ou mesmo da legalidade²⁴⁸.

A doutrina do espaço livre de direito

Não devemos confundir o movimento do Direito Livre com Espaço Livre de Direito. Este último, para Kaufmann, “não significa ‘espaço não regulado pelo direito’, mas antes ‘espaço não valorado pelo direito’”, a possibilitar algum mal-entendido já que uma pessoa não conhecedora de Direito possa vir a imaginar que em determinada área não há qualquer normatividade.

A bem da verdade, especialmente na área penal, há situações e acontecimentos irrelevantes para o Direito, como, nos exemplos do autor, comer, beber, dormir, etc. No entanto, estes acontecimentos, em determinadas ocasiões, podem eventualmente vir a possuir relevo jurídico, como dormir no horário laboral ou ingerir álcool e dirigir, mas, como via de

²⁴⁵ Item 1 do artigo 205 da Constituição Portuguesa – As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei. <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art205>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

²⁴⁶ IX do artigo 93 da Constituição brasileira – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2015.

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 122.

²⁴⁸ Idem, p. 128.

regra, não possuem qualquer relevância jurídica.

De outro lado, “no espaço livre de direito há comportamentos juridicamente relevantes e juridicamente regulados, mas que não podem ser valorados nem como lícitos nem como ilícitos”, como, por exemplo, a não punição da tentativa de suicídio. Assim, para a doutrina do espaço livre, a questão que demanda atenção é a de saber se as condutas somente podem ser classificadas em lícitas ou ilícitas, quando no exemplo dado não há possibilidade de afirmarmos ser lícita ou não a conduta. Kaufmann menciona que esta questão ocupa os maiores nomes da filosofia há mais de dois mil anos.

O autor menciona que o mais adequado “seria falar-se de espaço de livre valoração jurídica”, já que a expressão “não proibido” não representa corretamente a situação que não é proibida e também não é permitida.

10 O DIREITO, A OBEDIÊNCIA ÀS LEIS E À JUSTIÇA

10.1 A discricionariedade

Um interessante debate foi travado entre Dworkin e Hart acerca da discricionariedade judicial.

Como em diversas doutrinas aqui citadas, o ambiente jurídico onde foram escritas pode ser diverso do por nós vivido, pois cada sistema pode possuir especificidades e necessidades próprias, de toda sorte, os conceitos e lições podem e devem ser aproveitados, desde que, quando necessário, sejam observadas as especificidades ou peculiaridades.

Acreditamos ser possível buscar uma certa conciliação entre as proposições jurídicas, que em muitas oportunidades podem se mostrar aparentemente inconciliáveis. Ressalto que aqui não temos qualquer pretensão disto. Ao assim mencionarmos, pretendemos apenas dizer que podemos tirar lições válidas e revestidas de técnica para o mundo jurídico no qual vivemos e, com um pouco do ensinado por cada autor, formar um convencimento sustentável juridicamente.

Inicialmente, devemos diferenciar discricionariedade do puro arbítrio, que, apesar de serem utilizados como sinônimos, nos parece que a figura do puro arbítrio estaria ligada a uma escolha efetuada ao bel-prazer, sem um pano de fundo de juridicidade. Já discricionariedade seria a escolha efetuada com base em padrões que possuam sustentação

científica e argumentos jurídicos. Dworkin coloca que “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”²⁴⁹ e complementa que “o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”²⁵⁰. No arbítrio, não teria esta faixa de restrições.

Dworkin ainda diferencia o poder discricionário em três níveis: poder discricionário fraco, poder discricionário e poder discricionário forte, de acordo com a grandeza da liberdade de escolha.

O poder discricionário fraco ocorreria em hipóteses nas quais a decisão não pode ser aplicada mecanicamente, mas depende de algum julgamento, ou quando a decisão não pode ser revisada por nenhum outro superior. O autor exemplificou este caso com a decisão de um árbitro em uma partida de beisebol. Já o poder discricionário, este um pouco mais forte, seria aquele que não sofre limitações de padrões ou regras orientando a decisão, não de modo que ele seja inteiramente livre, já que estará sujeito a padrões de bom senso e equidade.

Para Dworkin, a classificação entre poder discricionário em graus vai servir para demonstrar que para um positivista, em casos fáceis nos quais a solução é aparentemente apresentada pela lei, não há qualquer poder discricionário a ser exercido. Lembramos que há outras correntes que defendem sempre haver discricionariade para o aplicador da lei. Dworkin assim se posiciona: “é tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar”²⁵¹.

De outro lado, e aparentemente defendendo algo em comum, Hart sustenta que em casos não regulados pelo Direito, sendo este em algum ponto indeterminado e incompleto, e, somente neste ponto, em que não é ditada pelo Direito alguma solução, deverá o juiz exercer a atividade criadora. Nós veremos a sequência deste debate no título Casos Difíceis, já que por enquanto nos contentaremos em esclarecer a diferenciação entre arbítrio e discricionariade, bem como situar que para os não positivistas é evidente que o juiz terá de se utilizar da discricionariade nos casos difíceis, podendo utilizar-se do poder ainda em casos fáceis. Para

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p.50.

²⁵⁰ Idem, p.51.

²⁵¹ Idem, p.55.

os positivistas, o juiz somente pode utilizar a discricionariedade nos casos difíceis e nunca nos casos fáceis, havendo, como sempre, posições doutrinárias intermediárias.

De toda forma, devemos ainda ficar atentos ao fato de que a legislação é a medida de nossa liberdade e, para além da liberdade, agora em tempos modernos, da propriedade também, pois, a todo momento, uma má interpretação da lei, ou mesmo o exercício do arbítrio, pode acarretar na perda da liberdade ou privação da propriedade sem que exista uma justificativa ou fundamentação jurídica para tanto, isto em evidente em arrepio ao próprio Estado Democrático de Direito que toda decisão deve prestigiar.

10.2 O Direito e a Justiça

Muitos dos autores, como Dworkin e Rawls, mencionam que suas teorias se sustentam em uma sociedade mais ou menos justa, na qual as instituições e os agentes são mais ou menos respeitáveis. Mas o que ocorreria se a sociedade não fosse assim?

Para além das diferenças no entendimento sobre o Direito, estas podem ser ocasionadas pela experiência de vida ou pelo momento histórico enfrentado pelo autor. Como vimos, Hobbes viveu um período conturbado da História, com muitas guerras e insegurança. Já Locke viveu em um período de maior tranquilidade, vindo esta experiência individual de cada autor a influenciar nos seus escritos.

“A compreensão de que a justiça, como dissera Hobbes, seja uma tarefa a ser cumprida pelo legislador; que a lei seria a expressão da justiça, igualmente perdeu sentido. A lei sonhada pelo racionalismo, simples ‘regra do jogo’, por duas razões, não mais existe: 1º) porque a lei atende aos interesses políticos, na verdade mais econômicos que políticos, mais mercantis do que propriamente econômicos, sem uma direta intencionalidade jurídica.

O Direito não tem mais compromisso com a justiça: 2º) por que a norma, enquanto abstração, tem que ser concretizada na experiência vital do caso concreto; e isto pressupõe o cumprimento de uma complexa tarefa hermenêutica, sem a qual a norma não passará de um enunciado vazio, capaz de múltiplas e contraditórias alternativas de solução. Estamos longe do tempo em que juristas iluminados acreditavam que a lei tivesse uma vontade constante. A

experiência contemporânea mostrou a profunda diferença entre norma e sentido da norma”²⁵².

No questionamento acerca entre o Direito e a justiça, se adotarmos uma postura menos positivista, nos esbarraremos com a questão de como decidir com base na justiça. O Doutor Professor Barbas Homem assim coloca de forma muito elucidativa: “o problema enfrentado é, portanto, não apenas o de conhecer a essência do justo, mas o de conhecer os pressupostos para não decidir de modo injusto.”²⁵³

Não poderíamos também considerar como injusta uma decisão que se afasta da legalidade em um caso cotidiano? Assim, somente seria razoável um entendimento que aceitasse a não aplicação de uma lei em casos de leis intoleravelmente injustas, conforme menciona o Doutor Barbas Homem ao se referir a Castanheira Neves²⁵⁴. Em outra oportunidade, já mencionamos o assunto com uma ideia central focada para o direito de resistência, com questionamento acerca da obrigação de obedecer ou de resistir²⁵⁵.

O debate acerca da justiça necessita de alguns questionamentos, ainda que filosóficos. Assim, conforme mencionado pelo o autor, a justiça é “inerente ao funcionamento da sociedade humana, a ideia de que a concepção de justiça depende de uma concepção do homem... [...] ...a ligação entre a teoria da justiça e a natureza do regime político, no sentido que a justiça política depende da natureza do regime... [...] ... o método da justiça realça a antinomia justo-injusto: a injustiça, como negação do direito, a iniquidade como negação do équo.”²⁵⁶.

Com estes conceitos iniciais, temos uma ligeira impressão do que podemos, de uma forma geral, considerar como justo ou injusto, sendo este um conceito maleável de acordo com o ambiente que dada sociedade vive, seu sistema político, etc. Desta forma, poderíamos dizer que “justiça seria o limite da validade do direito”²⁵⁷.

Dworkin, ao mencionar o assunto, diz que “a teoria do direito deveria responder a essa preocupação explorando a natureza moral, tentando esclarecer o princípio da equidade que os

²⁵² BAPTISTA, Ovídio. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna, in **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXIII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, p. 566.

²⁵³ HOMEM, António Pedro Barbas. **O justo e o injusto**, editora A.A.F.D.U.L., Lisboa, 2005, p. 11.

²⁵⁴ Castanheira Neves apud HOMEM, António Pedro Barbas. **O justo e o injusto**, editora A.A.F.D.U.L., Lisboa, 2005.

²⁵⁵ Vide nota 18.

²⁵⁶ HOMEM, António Pedro Barbas. **O justo e o injusto**, editora A.A.F.D.U.L., Lisboa, 2005, p. 14.

²⁵⁷ Idem, p. 15.

críticos têm em mente, para ver se a prática judicial satisfaz realmente este princípio”²⁵⁸.

10.3 Justiça corretiva, justiça distributiva e utilitarismo

Veremos neste subtítulo algumas noções de justiça segundo Aristóteles e do utilitarismo que foi desenvolvido por Bentham, valendo aqui mencionar que Aristóteles viveu entre 385 a.C e 322 a.C. e que sua filosofia ainda exerce influência nos dias de hoje, nos mais diversos ramos do Direito, apesar de contar com mais de 2000 anos. Já Jeremy Bentham é um autor sobre a Teoria do Direito mais recente, que viveu entre 1748 e 1832, e é constantemente mencionado nos livros atuais de Teoria e Filosofia do Direito.

Justiça corretiva

Para o conceito de justiça corretiva, a ideia de justiça está ligada à tentativa de restituição, dentro da medida do possível, já que há hipóteses em que isso não pode ocorrer, das coisas ao estado como eram antes da lesão ou, de alguma forma, compensar o ofendido pelo dano sofrido, de forma a restabelecer a igualdade entre o autor do dano e a vítima. Isto sem levar demais circunstâncias em consideração, tal como se o causador do dano é uma pessoa boa ou se é uma pessoa poderosa, tratando as partes e as pessoas efetivamente como iguais perante a lei.

Há, assim, duas previsões no conceito: a reparação do dano e o tratamento igualitário dispensado a qualquer ofensor, não interferindo no julgamento a posição social ou política do ofensor.

Como menciona Posner se referindo a Aristóteles, idealizador da ideia de justiça corretiva²⁵⁹, para a justiça pouco importa se o ofensor é um nobre e o ofendido é um mendigo; para o Direito importa apenas saber que teve um ofensor e um ofendido, para aplicação da lei de forma a igualá-los²⁶⁰.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

²⁵⁹ O conceito de justiça corretiva foi criado por Aristóteles e data de mais de dois mil anos.

²⁶⁰ “Se, por exemplo, o ladrão era um cavaleiro e a parte lesada era um mendigo – um membro de uma classe inferior do Estado – essa diferença de condição social não é nada para o direito... Ao direito interessa apenas saber que, das duas partes que tem diante de si, uma obteve vantagem injusta, enquanto à outra coube uma desvantagem injusta. Há portanto, um ilícito que precisa de reparação – uma desigualdade que precisa ser remediada”, apud Aristóteles, POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**, tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2007, p. 421.

Também menciona o autor que, para o conceito aristotélico, o dano deve estar relacionado a uma atividade ilícita, ligando o dano à ilicitude. Aponta, ainda, que um conceito tão simples, até banal, proporcionou um grande avanço na Filosofia do Direito, que ainda exerce influência nos dias atuais. Apesar de ser por alguns contestado, o conceito revestiu-se de uma verdadeira evolução, ou aprimoramento, do conceito de justiça como vingança.

Repete-se que uma importante característica da justiça corretiva “é a de aplicar-se a justiça ‘a despeito das pessoas’, como se lê no juramento feito pelos juízes federais”²⁶¹ dos Estados Unidos.

O autor menciona que esta ideia pode levar a situações complexas exemplificando com casos como o de um ilícito cometido por um bom chefe de Estado, em que o Estado poderá ficar em situação delicada causada por uma condenação de seu dirigente. Outro exemplo seria o de um herói de guerra que venha a cometer um delito compreensível diante das suas circunstâncias de vida, já que pelo conceito de justiça corretiva de Aristóteles somente o fato é que deve ser julgado, e não a pessoa.

Nas sociedades menos avançadas, embora sujeitas ao Estado de Direito, a ideia de justiça que não leva em consideração a posição pessoal é mais frágil, dada a possibilidade de intimidação dos juízes por litigantes poderosos²⁶². A aplicação imparcial da lei é a única capaz de impedir que o direito venha a ser utilizado contra os interesses da sociedade e como instrumento de manutenção de um poder ilegítimo, além de possibilitar que um juiz decida com independência em caso no qual há “paixões de momento”.

Posner menciona que a parte do conceito de justiça corretiva que trata da reparação é menos moderna do que a parte do tratamento indiferenciado das pessoas, pois, apesar de ter de existir meios de reparação dos ilícitos, modernamente há instrumentos que permitem evitar a ocorrência do dano, como a punição do motorista alcoolizado que não provocou qualquer acidente. Adverte, porém, que pode haver no aspecto reparador algo mais moderno e diferente, no sentido de que a evolução do Direito baseado em vingança aponta para a obrigação de indenizar em casos nos quais as medidas preventivas não funcionaram, devendo o Estado possuir mecanismos para a reparação dos danos pelos ilícitos cometidos.

²⁶¹ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**, tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2007, p. 424.

²⁶² Cf. POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**, tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2007, p. 427.

“Todavia, os detalhes dos mecanismos são desimportantes. A indenização pode não ser essencial. A punição que impõe ao causador do dano um prejuízo proporcional ao que ele infligiu a vítima do ilícito pode ser suficientemente boa – pode restaurar a igualdade no sentido aristotélico, ainda que num nível em que ambas as partes estejam em pior situação do que estavam antes do ilícito”²⁶³.

Justiça distributiva

Para Aristóteles, a mais alta e mais sensível ocupação da justiça é a forma de distribuição de riquezas e honrarias, levando-se em consideração o mérito. A justiça desta distribuição se dá através da proporcionalidade, sendo justa uma distribuição proporcional e injusta a que não for²⁶⁴.

O cálculo da distribuição é efetuado através de uma proporção geométrica em vez de aritmética como na justiça corretiva. Um exemplo é um caso de uma prova de cinco questões, cada uma valendo dois pontos, na qual o aluno que acerta quatro questões merece nota oito e o que acertou duas merece nota quatro, sendo que atribuição de notas de forma diferente irá romper com a proporção dos méritos. Porém, na justiça, a questão se tornará mais complexa, já que costumeiramente as questões não são traduzíveis em números, mas em um complexo arranjo de bens pela sociedade, como, também exemplificado pelo autor, o cargo do presidente da República, que tem algumas honrarias, poderes e incumbências, e ao cargo de vereador correspondem outras honrarias, poderes e incumbências²⁶⁵.

Vale mencionar que o padrão do mérito irá variar de sociedade para sociedade, observando a variação de seus valores²⁶⁶.

Utilitarismo

A ideia de utilitarismo desenvolvida por Bentham é sustentada pelo princípio de agir de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar para a sociedade ou proporcionar felicidade para o maior número de pessoas.

Como ressalta Kauffman, o problema é “que não existe uma concepção unitária sobre

²⁶³ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**, tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2007, p. 432.

²⁶⁴ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 68.

²⁶⁵ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 69.

²⁶⁶ Cf. POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**, tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2007, p. 449.

o que se deve entender por ‘felicidade’²⁶⁷ ou mesmo se esta prevalece sobre a liberdade, bem como ser questionável se felicidade pode ser compartilhada.

A questão da alocação de recursos ou da distribuição de riqueza pode ser uma chave parcial, mas, como bem alerta Kaufmann, há muitas pessoas livres, ricas e bem-sucedidas que não são felizes.

John Rawls, em sua obra **Uma teoria da justiça**, desenvolve um novo tipo de utilitarismo em alternativa ao utilitarismo clássico, com a ideia central de que “a sociedade está bem ordenada e, portanto, é justa quando as suas instituições principais estão ordenadas de forma a conseguir a maior soma líquida de satisfação, obtida por adição dos resultados de todos os sujeitos que nela participem”²⁶⁸.

O autor menciona que uma característica marcante da visão utilitarista da justiça é a de que não importa a forma como é distribuída a satisfação, que pode se revestir de prazer ou felicidade, ou mesmo como o são através do tempo, sendo que em ambos os casos será a mais correta aquela que produz a máxima satisfação e, no caso de não haver uma forma preferível, deve-se optar pela situação da distribuição ser mais igualitária²⁶⁹.

Dworkin faz algumas críticas ao utilitarismo por não ter conhecimento de sua aplicabilidade em qualquer sociedade, em especial ao mencionar a diferenciação entre direitos e metas²⁷⁰.

Apesar das críticas de Dworkin, que não poderíamos deixar de mencionar, a questão do bem-estar dos cidadãos²⁷¹ é utilizada por diversos governos, como o da Inglaterra, para estabelecer políticas públicas.

10.4 Dever de obediência às leis

A desobediência à lei, como verdadeiro exercício do direito de resistência, tem como

²⁶⁷ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, tradução António Ulisses Cortês, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2010, p. 258.

²⁶⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, trad. Carlos Pinto Correia, 3ª edição, Editora Presença, Lisboa, 2013, p. 41.

²⁶⁹ Idem, p. 43.

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 148.

²⁷¹ Há, inclusive, um instituto internacional que mede desde 2012 o bem-estar e a felicidade dos cidadãos de 158 países, o World Happiness Report. <<http://worldhappiness.report/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

figura central o descumprimento de leis ilegítimas ou inválidas ou mesmo o desrespeito a autoridades que exerçam seu papel sem ter investidura legal ou além de seus poderes.

No entanto, a ordem pode partir da autoridade competente e dentro da legalidade, com base em uma lei válida, de modo a não termos como justificar a “legalidade” ou “justiça” da resistência, uma vez que a resistência, em princípio, encontra-se ligada ao fato de ser utilizada para resgatar uma ordem jurídica violada.

“Para Locke a primeira e fundamental lei positiva de todos os Estados é aquela que estabelece o poder legislativo, de outro modo, porque as leis se baseiam no consentimento da sociedade, todos os membros do Estado se encontram vinculados a um dever de obediência às leis e ao poder legislativo, exactamente porque se trata de obedecer a sociedade.”²⁷²

Justamente pelo dever de obediência às leis, como podemos afirmar que uma lei não é válida, ou injusta, para a desrespeitarmos, se dentro da estrutura estatal existem órgãos fiscalizadores e mecanismos para conferir validade a elas? Há possibilidade de alguém exercer esta autotutela?

A questão da justiça ou não da lei, não soluciona o questionamento, como Rawls coloca, “sem dúvida que não há qualquer dificuldade em explicar porque é que devemos obedecer às leis justas, adoptadas segundo os termos de uma constituição justa... *omissis* ... O verdadeiro problema é o de saber quais as circunstâncias, e em que medida, estaremos vinculados a respeitar estruturas injustas”²⁷³.

O argumento de que estamos diante de um verdadeiro exercício do arbítrio não é juridicamente sustentável, pois como “Rosseau enuncia de modo preciso a obediência à lei que nós próprios prescrevemos é liberdade”²⁷⁴.

Ao falarmos sobre o ambiente no qual há o exercício da resistência, manifestamos que é exactamente aquele que nosso estudo se baseia, ou seja, mais ou menos justo, em que a legitimidade do Legislativo e das instituições é reconhecida, sendo assim, o ambiente do caso de uma sociedade mais ou menos justa.

²⁷² HOMEM, António Pedro Barbas, **O justo e o injusto**, editora A.A.F.D.U.L., Lisboa, 2005, p. 55.

²⁷³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, trad. Carlos Pinto Correia, 3ª edição, Editora Presença, Lisboa, 2013, p. 273.

²⁷⁴ HOMEM, António Pedro Barbas, **O justo e o injusto**, editora A.A.F.D.U.L., Lisboa, 2005, p. 56.

Como adverte Rawls, “a constituição é um processo justo mas imperfeito, orientado, tanto quanto as circunstâncias o permitam, para assegurar um resultado justo. É imperfeito porque não há qualquer procedimento político exequível que garanta que as leis adoptadas segundo as respectivas regras são justas”²⁷⁵.

Certo é, ante o governo pela maioria, que sempre haverá possibilidade de existirem leis injustas, não somente sob o prisma das possíveis vicissitudes do sistema, mas também pelo natural descontentamento de uma minoria que constantemente terá seus interesses contrariados. Também há possibilidade de a injustiça advir de uma aprovação de lei através de alianças das minorias. Aqui, ressalta-se, não se fala das leis manifestamente injustas, “que se afastam de padrões publicamente conhecidos”²⁷⁶, que torna sua desobediência mais fácil de ser justificada.

Assim, nos deparamos com uma questão paradoxal entre a liberdade do indivíduo e a sua obrigação de respeitar as leis, vindo a incrementar ainda a questão, os direitos fundamentais, que podem colidir, sob determinado ponto de vista, com alguma norma do direito interno de um país, surgindo daí o antigo conflito entre o direito e a moral, retirando o foco do questionamento de jurídico para filosófico.

“A questão tem ressonâncias antigas, trazendo ao lume o conflito entre o direito e a moral, ou mesmo entre obrigação política de obedecer às leis, ainda que injustas, e a autodeterminação moral das pessoas.”²⁷⁷

A obrigação de obedecer às leis, mesmo que injustas, é um debate fascinante sendo que filósofo Luigi Ferrajoli, em sua obra **Direito e Razão**, teceu alguns comentários acerca do assunto, dando uma importante contribuição para o debate científico sobre o tema.

O autor faz algumas considerações sobre o ponto de vista de Norberto Bobbio, o qual, segundo Ferrajoli, sustenta, ou utiliza, duas versões para analisar a questão: uma tida por Ferrajoli como extremista e outra como moderada. No caso da primeira, a obrigação de obedecer às leis seria absoluta e incondicionada, já na segunda, não. Para Ferrajoli, a primeira

²⁷⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, trad. Carlos Pinto Correia, 3ª edição, Editora Presença, Lisboa, 2013, p. 275.

²⁷⁶ Idem, p. 274.

²⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**, tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.847.

é uma “total confusão da moral com o direito e da justiça com validade”, sendo esta rechaçada por ambos por sua incompatibilidade com o pensamento liberal e fonte de “degenerações totalitárias”²⁷⁸.

Para a versão moderada, Bobbio, ainda segundo Ferrajoli, “associa ao direito não um ‘valor final’, mas um ‘valor instrumental’, para garantia da ordem e da paz”²⁷⁹. Mas a ordem não é um valor supremo e pode, em alguns casos, entrar em conflito com valores superiores como o direito à vida. Assim, Ferrajoli questiona tal posicionamento baseado em uma “consciência moral jurídica superior”, por entender ser inconsistente por não definir de forma clara a divisão entre a validade ou não de uma norma, deixando, em tese, para o cidadão, que, via de regra não efetua questionamentos mais profundos ou críticos, a faculdade de eleger e valorar, segundo sua consciência, a obrigatoriedade da lei.

Assim permanece a questão se um cidadão deve obedecer às leis com fundamento na delegação e submissão que efetua através do contrato social, mesmo que tiranas ou injustas.

O argumento de que as leis injustas representam a vontade da maioria não é convincente, justamente pela possível atitude acrítica da maioria ou mesmo pela possibilidade, como já dito, de as minorias, através de coligações, conseguirem positivar ideias que não representem o pensamento da coletividade. Ferrajoli menciona que o Estado de Direito não pressupõe a observância incondicional à lei, mas no Direito e, em alguns casos, no dever de desobediência a leis que entrem em conflito radical com os direitos fundamentais, como forma extrema de rebelião contra as tiranias.

A questão é colocada de modo diverso para o caso do cidadão que se obriga por juramento a cumprir as leis como um juiz ou funcionário do Estado. Segundo o autor, estes têm a obrigação jurídica e moral de cumprir a lei, diferenciando-se, assim, dos cidadãos comuns, não podendo utilizar de suas convicções pessoais para afastar o cumprimento da lei. No entanto, em um sistema jurídico com dimensões infinitas, lícito será ao funcionário apontar a inconstitucionalidade da lei de modo a interpretá-la, ou afastar sua aplicação, para a garantia de um direito fundamental tido como mais importante.

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**, tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.848.

²⁷⁹ Idem, p.848.

Assim, aparentemente, para o autor a resistência a normas que evidentemente ofendam direitos fundamentais do cidadão não é somente um direito positivado, mas uma obrigação moral da coletividade contra o arbítrio e a tirania. A resistência é uma poderosa arma, que deve ser utilizada, com todos os cuidados necessários, para que a prática não ultrapasse os limites da legitimidade com o fim de restaurar a ordem justa e aperfeiçoar a convivência e a observância do Estado de Direito na atual sociedade, caracterizada por seu multiculturalismo a evidenciar infinitos pontos de vista sobre a mesma questão.

10.5 Gustav Radbruch – Relativismo e Direito

Gustav Radbruch também é um exemplo de como o momento histórico vivido e as experiências da vida podem modificar o pensamento de um filósofo.

A relação entre o direito e a moral é um dos temas mais debatidos em Direito, conforme Luis Villar Borda²⁸⁰, em sua concepção mais ampla tratará do direito como é, o direito positivo, e o direito como deve ser, segundo os postulados de moral e justiça. Esta disputa se estende por longa data e cada hora aparece sob um rótulo diferente.

Para o autor, Kelsen foi um grande opositor do direito natural, segundo o qual não há possibilidade de existirem normas jurídicas fora do ordenamento jurídico, que representa a vontade do poder estatal.

Surge, assim, a questão: há alguma relação entre direito, moral e dever jurídico?

A barbárie do nacional-socialismo traz-nos dificuldades para responder este questionamento, já que a obediência cega à lei, sem qualquer consideração sobre o seu conteúdo, legitimou a ditadura, tese que foi defendida por grandes juristas alemães, como Carl Schmitt, apesar de podermos excluir desta lista Kantorowicz, Radbruch e muitos outros que não se puseram a serviço da injustiça e repressão do nacional-socialismo.

Neste momento, vale lembramos a possibilidade do exercício da resistência²⁸¹, que irá questionar se há limites para obediência à lei, em especial se as ordens advierem de estados totalitários, nos quais a possibilidade de haver usurpação do poder é muito grande.

²⁸⁰ Luis Villar Borda é o tradutor da obra **Relativismo y derecho**, para o espanhol. RADBRUCK, Gustav. **Relativismo y derecho**, tradução Luis Villar Borda, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009.

²⁸¹ Vide nota 18.

Dreider²⁸² sustenta haver três posições acerca da correlação entre o direito e a moral, em que moral seria o direito natural e direito, o direito positivado:

- a) prevalece a moral sobre o direito;
- b) prevalece o direito sobre a moral;
- c) soluções diferenciadas, como a de considerar a prevalência do direito como regra e excepcionalmente a prevalência da moral.

Assim, a primeira alternativa não seria viável, pois a sociedade necessita de uniformidade de entendimento sobre o que é moral e direito, algo que foi possível na Idade Média, unificada pela concepção religiosa da vida.

A segunda alternativa surge com o constitucionalismo e com a teoria da soberania estatal, para a qual o direito positivo advém da força do Estado e, pela imposição, não há necessidade de concordância com um direito anterior ou natural.

Surge, assim, o constitucionalismo como forma de coibir os abusos dos governos, de forma a preservar os direitos humanos e de delimitar a atividade do Estado e controlar o exercício do poder e da arbitrariedade, advindo como consequência e resultado desta tendência o Estado Democrático de Direito.

Radbruch, um dos mais importantes juristas da Alemanha sustentava a preferência pelo direito em caso de conflito com a justiça, “pues más importante es La existencia del orden jurídico que su justicia, ya que La justicia es La segunda gran misión del derecho, siendo La primera, La seguridad jurídica, La paz”²⁸³, no entanto, após vivenciar os terrores do nazismo, mudou seu entendimento e posição acerca do positivismo, ao contrário de Kelsen, que, apesar de também ter sofrido como o nazismo, manteve sua posição positivista.

Radbruch passou a sustentar que quando o direito contrariar a justiça de modo insuportável ele deve ser considerado um falso direito e ceder à justiça.

Assim, o nacional-socialismo, para o autor, nunca alcançou o status de direito válido.

²⁸² DREIDER, apud RADBRUCK, Gustav. RADBRUCK, Gustav. **Relativismo y derecho**, tradução Luis Villar Borda, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009.

²⁸³ Introdução XIV, RADBRUCK, Gustav. **Relativismo y derecho**, tradução Luis Villar Borda, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009.

10.6 Kantorowicz – Uma nova concepção do Direito

O autor em suas publicações iniciais, datadas de 1906, utilizou o pseudônimo de Gnaeus Flavius, certamente por se encontrar em um ambiente pouco favorável a novas ideias e até mesmo perigoso, como o futuro confirmou com o advento do nacional-socialismo.

Analisaremos, agora, alguns dos textos da denominada “La Ciencia de Derecho”, em que no prólogo o autor menciona o advento de um novo movimento, que não tinha uma claridade conceitual acabada por se tratar de um movimento jovem e, por tal motivo, não tinha abordado todos os pontos e em todas as direções, sendo a ideia uma nova concepção de direito natural. Com o texto, o autor pretendia buscar novos adeptos para o que chamou de luta pela libertação da Ciência do Direito.

Para o autor, ao imaginarmos um jurista, antevemos um funcionário de certa categoria e carreira, sentado em uma sala, armado exclusivamente com uma arma de pensar. Na sala, há somente uma mesa verde, sobre a qual há um código de leis do Estado. Se entregássemos um suposto caso real, ele, de acordo com o seu dever, por meio de operações lógicas e uma técnica secreta, que somente ele domina, chegaria à solução desejada pelo legislador com exatidão absoluta²⁸⁴.

Para o autor, esta imagem ideal mostrou-se útil em tempos de decadência do imperialismo, com seus imperadores com poderes semidivinais, que foram aos poucos sendo substituídos até chegarmos à separação de poderes. Embora tivesse diversos opositores à positivação, ganhou veneração semirreligiosa.

Passa o autor, então, a sustentar uma nova concepção do direito, como se esta fosse a ressurreição do direito natural de forma modificada, pois o positivismo do século XIX surgiu justamente como superação do direito natural, pois, para aquela doutrina, não havia outro direito que não o positivo.

Para o autor, o momento vivido justificava a necessidade de uma nova aceção do direito natural, como um direito que existe independentemente do Poder Estatal, o qual o autor denominou como uma classe especial de direito livre, que se distancia das repercussões filosóficas acerca dos aspectos históricos.

²⁸⁴ KANTOROWICZ, Hermann. **La Ciencia del derecho**, Editorial Losada, Argentina, 1949, p. 329.

Assim, separando o direito natural de sua própria teoria, surge o que o autor chamou de direito livre, que por muitos autores também foi chamado de “direito justo”, “ponderação de interesses” e “juízos de valor” entre outros²⁸⁵, como forma de desenvolver, completar, valorar ou derogar do direito estatal.

Embora o direito livre possa ter pontos de conexão com o direito natural, com ele não se confunde, pois, apesar de a Doutrina do Direito Livre, preconizada por Katorowicz, se basear em alguns dos pensamentos inspiradores da doutrina do direito natural, não aceita seus erros metafísicos e, também, soma-se o fato de que o direito livre não existe somente naturalmente, não tem sua origem do nada, pois este necessita do seu reconhecimento, de uma vontade e um poder.

O direito livre também tem suas vertentes e aplicabilidade no direito individual ou da comunidade, sendo que para o autor o direito individual tem um significado maior para a Ciência do Direito e o direito da comunidade interessa mais à jurisprudência, havendo uma verdadeira correlação entre o direito da comunidade e o direito consuetudinário.

O autor menciona ainda a diferença entre direito vigente e não vigente, que são qualidades exclusivas do direito estatal, já que o direito livre, apesar de poder ter pontas de coincidência com o direito positivo, também não coincide com este. Além do mais, ninguém conhece o Direito todo e, dada a sua amplitude, alguns podem conhecer muito uma parte, mas ninguém conhece todo o Direito nas suas mais variadas vertentes.

O autor faz uma interessante observação que um viajante pode se familiarizar com a língua, história e cultura de um povo, mas nunca ter lido um texto jurídico sequer desta comunidade. Este conjunto formado pela impressão e as opiniões de um dado ambiente social se apresenta, pelo sustentado, como Direito, e não arbitrariedade ou mera conveniência. Sendo assim, o direito livre independente do direito estatal.

O inverso não pode ser sustentado, já que o direito estatal pode surgir dos pensamentos do direito livre, podendo o direito estatal progredir com base nos pensamentos do direito livre.

Ao fim, o direito livre serviria para completar as lacunas da lei, já que o dogma da

²⁸⁵ Idem, p. 333.

completude é apenas uma ficção, visto que há “tantas lacunas como palavras”²⁸⁶.

Surge, assim, a Doutrina do Direito Livre para modificar o direito posto, uma vez que, por meio dos métodos de interpretação somente, não será possível preencher as lacunas do Direito, sendo, inclusive, inadequado. Somente o direito livre com sua espontaneidade e plasticidade de conteúdo, diante do caso em concreto, é que pode preencher as lacunas, podendo, assim, modificar a lei com um princípio talvez existente, porém desconhecido.

Neste trecho, repetimos, datado de 1906, o autor já enfrenta as questões objeto deste estudo ao reconhecer que muitos casos jurídicos não apresentam qualquer solução jurídica. A Doutrina do Direito Livre não tem a pretensão de resolver este problema, apesar de o direito livre poder ter uma solução sem que esta seja, especificamente, conhecida.

Conforme o lecionado pela Professora Doutora Silvia Alves, na disciplina de Filosofia do Direito em 2013, o autor também sustenta que não há um juízo único sobre os problemas jurídicos, pois há os critérios individuais e os valores da vida de cada um a influenciar no ponto de vista. Sendo assim, o autor coloca que “no podemos exigir o esperamos de cada uno que considere una acción buena o una obra de arte bella, si su individualidad diferente provoca necesariamente una reacción diversa de su sentimiento”²⁸⁷.

O autor criticou, ainda, a mania de grandeza da jurisprudência de que seria capaz de resolver qualquer problema imaginário, já que as mais diversas ciências existentes reconhecem seus limites e até mesmo acreditam que talvez jamais sejam capazes de solucionar todas as questões acerca de um assunto, seja história, física, biologia, astrologia, etc...

Neste ponto, conforme vimos e veremos, o autor, de forma surpreendente, menciona ponderação de interesses e valores, e que, apesar da discricionariedade utilizada, a decisão se apoiará em uma norma estabelecida, acertada e aplicável desde o início, se antecipando aos ensinamentos de Dworkin e Alexy, que possuem raízes filosóficas muito próximas.

Kantorovicz menciona que tais problemas de resultados também se apresentam tanto no direito livre quanto como no direito estatal, já que ambos formam um sistema. E tudo não passa de, nada mais nada menos, resultados de épocas culturais diversas e diferentes círculos

²⁸⁶ Idem, p. 337.

²⁸⁷ Idem, p. 339.

de vida, a resultar em normas que não são revisadas e desordenadas, seja na consciência, seja na inconsciência, de forma que, diante de um caso complicado, ora uma norma parece ser importante, ora outra; confusão que aumentará na hora de considerar que valor proteger e que valor sacrificar. “El resultado será que en el alma de una persona sincera, pese a todos los esfuerzos debidos, el sentimiento jurídico se apaga. La decision dependerá de normas de otras classes o de La arbitrariedad, puesto que no hay remedio que El de dictar una resolución”²⁸⁸.

10.7 Positivismo x antipositivismo

Conforme Alexy indica em sua obra **Conceito e validade do Direito**, “o principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre o direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista”²⁸⁹.

Os positivistas sustentam a separação entre direito e moral, a sustentar que não há necessariamente conexão entre direito e moral, de modo a possibilitar que decisões baseadas na legalidade possam ser injustas. Já a correntes não positivistas sustentam que sempre haverá elementos morais, de modo que uma decisão não pode ser injusta, já que o direito encontra-se permeado de moralidade e esta não permite que decisões possam ser injustas. Apesar de, como ressaltado por Alexy, “nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social”²⁹⁰.

Alexy segue dando alguns exemplos de julgados dos tribunais alemães, um deles em que o Tribunal Constitucional alemão teve de decidir se um advogado judeu deveria perder a cidadania alemã ante uma lei que estipulava que os judeus emigrados perderiam a nacionalidade. Não se sabe o destino do advogado, ou mesmo se ele sobreviveu, mas, na hipótese de ele ter morrido, ele não teria como recuperar a cidadania.

O tribunal alemão, com argumentos não positivistas, chegou à conclusão de que ele nunca tinha perdido a cidadania, pois “o direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um ‘legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer

²⁸⁸ Idem, p. 341.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**, tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 3.

²⁹⁰ Idem, p. 4.

significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer injustiça”.

A decisão não se encontra livre de críticas, até por que ela poderia ter enfrentado a questão de forma diversa e ter chegado ao mesmo resultado. No entanto, a própria decisão apresenta problemas, como, por exemplo, o caso dos soldados chamados de “atiradores do muro”. O muro aqui mencionado é o que dividia Berlim: de um lado, a Alemanha socialista e, de outro, a Alemanha capitalista. No lado comunista, era crime tentar atravessar para o lado capitalista, sendo ordenado aos soldados do muro que advertissem e tentassem demover as pessoas de atravessar. Caso não conseguissem, deveriam executar as pessoas antes que conseguissem realizar a empreitada de atravessar o rio que dividia as duas Alemanhas.

Se a lei que tornava obrigatório atingir quem tentasse atravessar o muro era nula desde o início, os soldados teriam obedecido a ordens manifestamente ilegais e, a bem da verdade, cometeram crimes. Lembramos que a questão não é tranquila, apesar de alguns soldados terem sido condenados e questionamentos existirem ainda hoje.

PÓS-POSITIVISMO

Pós-positivismo é a doutrina representada pelo neoconstitucionalismo, também chamada de doutrina da pós-modernidade, mencionada neste estudo. Este festivo movimento necessita de uma atenção especial, pois esta mudança de paradigma, sem uma reflexão maior, abre as portas para o arbítrio e decisionismo, fonte de verdadeiras injustiças.

Conforme mencionado por Josep Aguiló Regla, a transformação dos parâmetros mediante a evolução do constitucionalismo contemporâneo e do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico é evidente. No entanto, deve-se distinguir e ficar atento à valoração que se dá neste processo de mudança, que pode colocar em crise o próprio estado de direito, voltando o nosso direito ao direito dos homens, sepultando o direito das leis, se revelando, assim, um verdadeiro retrocesso ao pré-constitucionalismo, “pues se minan las bases sobre las que están contruídos lós valores de La autonomia de las personas y de La seguridad jurídica, dando entrada a La arbitrariedad y al decisionismo en La aplicación

Del Derecho”²⁹¹.

11 CASOS DIFÍCEIS²⁹²

Vimos, no decorrer deste estudo, parte da Teoria Analítica do Direito, que sustenta algumas questões e posições que podemos chamar de éticas. De posse delas somente, talvez não consigamos responder algumas questões que, a bem da verdade, ficam a cargo de serem respondidas pela filosofia jurídica, como duas questões que pretendemos enfrentar, muito assemelhadas, embora sejam hipóteses distintas.

Uma é se há um único resultado válido nas controvérsias judiciais, a outra é a dos casos para os quais a lei não apresenta ou aponta para qualquer solução.

Nessas hipóteses, surgem questionamentos de se o jurista, ou o juiz, sempre deve seguir o determinado na lei, mesmo em casos difíceis, bem como se existem argumentos válidos em decisões apegadas a padrões morais, que não encontram fundamento no texto legal.

11.1 A posição de Hart

Hart se posiciona pela possibilidade de, em determinados casos, não haver uma solução oferecida pela legislação, sendo, neste ponto, o direito incompleto e, se um juiz tiver de decidir uma causa nestas situações, terá de criar a norma em vez de aplicar uma já estabelecida. O autor, em seu texto, mencionou que Bentham²⁹³ chegou a sustentar que nestas situações o juiz deveria se declarar privado de jurisdição ou remeter a questão para o legislativo.

Com relação à possibilidade de o juiz criar normas o autor sustenta, no entanto, que esta atividade do juiz não é ilimitada, pois o juiz deverá sempre justificar sua decisão e agir como o legislador agiria, porém decidindo em conformidade com suas crenças e valores, fato este que possibilitará decisões diversas, e até mesmo conflitantes, em casos semelhantes que venham a ser submetidos a juízes diferentes.

²⁹¹ KANTOROWICZ, Hermann. **La Ciencia del derecho**, Editorial Losada, Argentina, 1949, p.668.

²⁹² O título foi retirado de um texto de Ronald Dworkin publicado na Harvard Law Review, em 1975²⁹², e depois tornou-se um capítulo do livro **Taking Rights Seriously**, publicado em 1977, sobre esta situação chamada por ele de “casos difíceis”.

²⁹³ Bentham foi um jurista e filósofo que viveu entre 1748 e 1832 e foi um dos protagonistas do conceito do utilitarismo. Suas ideias influenciaram o mundo do Direito.

O autor sustenta que a atividade de criação do juiz não é ilimitada e que por meio deste poder ele não poderá ditar políticas novas ou reformar a legislação, porque a criação do juiz se limitará ao caso que lhe foi submetido. Este limitado poder é conferido ao juiz pelo Legislativo para assim agir somente em casos que foram parcialmente deixados de regular.

11.2 A crítica de Dworkin de criar-se a norma e aplicá-la retroativamente

De início, para os casos nos quais não há uma solução apontada pela legislação, Dworkin manifesta que não seria válido conferir discricionariedade ao juiz para decidir o caso, pois, a bem da verdade, ele estaria criando uma norma e a aplicando retroativamente, fato este pouco desejável e, para o nosso entendimento, vedado pelo princípio da intangibilidade²⁹⁴.

Para o autor, o juiz deve descobrir o direito das partes, e não inventá-los e aplicá-los retroativamente. Apesar de reconhecer que não há um “procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis”²⁹⁵, o autor ainda menciona que as decisões são proferidas de forma que passam a ideia de que já havia uma solução apresentada pela lei, mas que isso não passa de mera ficção.

Continuando, o autor faz a observação de que as decisões devem se subordinar à legislação, por falta de legitimidade do juiz para criar leis, uma vez que estes não foram eleitos pela maioria, não sendo, assim, representantes desta ou responsáveis perante ela, bem como que, ao criar uma lei e aplicá-la retroativamente, acabaria ocorrendo a punição da parte perdedora sem que ela tenha violado qualquer dever jurídico²⁹⁶.

Os textos sofisticados de Dworkin possuem uma série de metáforas e raciocínios que são estruturados e, em seguida, combatidos. Nestes textos, há proposições jurídicas pertinentes e úteis para a argumentação jurídica. De toda sorte, o autor deixa claro que apesar de não haver normas regulando a matéria a ser decidida, uma das partes pode ter o direito de ganhar a causa desde o início da contenda judicial.

O autor diz que na busca pelo direito das partes juristas e juízes deverão enfrentar

²⁹⁴ Artigo 5ºXXXVI CF – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 127.

²⁹⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 132.

algumas das questões que a seguir veremos, mas que, mesmo assim, não há garantia de consenso.

11.2.1 Argumentos tidos como válidos para os casos difíceis nas lições de Dworkin

Nesta etapa, por meio das lições de Dworkin veremos os raciocínios e argumentos que seriam válidos de efetuar em casos nos quais a normatividade não apresenta uma solução ou uma solução clara. Estes argumentos devem se revestir de um significado de juridicidade e, não de uma espécie de discurso político. Assim, conforme menciona Kelsen, chavões como “clamor público”, “bem do povo”, “interesse coletivo”, “evolução da sociedade” não são verificáveis validamente sob o ponto de vista do direito positivo. Com efeito, menciona o autor, “vistas sob esta ótica, tais determinações só podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não se originam do próprio direito positivo”²⁹⁷.

Argumentos de política e argumentos de princípio

Dworkin diz que há duas espécies principais de argumentos justificadores de uma decisão política, seja esta do legislador ou do julgador, argumentos de política e de princípio.

Os argumentos de política objetivam proteger um bem coletivo ou a comunidade como um todo, já os argumentos de princípio demonstram que a decisão respeita os direitos individuais ou coletivos. O legislador poderá, validamente, utilizar os dois argumentos, já o jurista deverá sempre utilizar somente o segundo, mesmo em casos difíceis.

Assim, para o autor, princípios descrevem direitos e políticas descrevem objetivos, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”²⁹⁸, exemplificando que liberdade de expressão é um direito e o aumento da produção bélica “é um objetivo e não um direito, pois contribui para o bem-estar coletivo”²⁹⁹.

No capítulo em questão, o autor menciona que sua teoria necessita de uma maior elaboração e sustenta que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo que difíceis, “devem

²⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 119.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 141.

²⁹⁹ Idem, p. 142.

ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas”³⁰⁰.

Direitos e objetivos políticos como parte da fundamentação

O autor segue sugerindo a busca pela descoberta de se as pessoas têm algum direito.

Para ele, uma teoria política considera determinado estado de coisas como um objetivo político. Assim, ele seria a favor de uma decisão política que promoveria ou protegeria tal estado de coisas e seria contra uma decisão que retarda a ocorrência ou a coloca em perigo.

Um direito político é um objetivo político individuado, assim um indivíduo tem direito à proteção deste direito, conferido por uma decisão política, mesmo que algum outro objetivo político seja atingido.

Já meta é um objetivo político não individuado, sendo, exemplificadamente, uma meta coletiva a eficiência econômica ou algumas concepções de igualdade, de modo que uma indústria pode receber subsídios ou ser duramente tributada em nome desse objetivo. Também serve o exemplo da situação de determinado grupo racial que venha a justificar uma distribuição de recursos igualmente, em determinadas situações, e desigualmente, ou discriminatórias, em outras, tudo com o objetivo de se atingir um bem coletivo, a justificar que este estará sendo atingido se o Estado agir desta forma.

A sociedade pode perseguir diversas metas ao mesmo tempo, devendo, para tanto, ajustar umas às outras, através de estratégias, de modo a promover cada uma separadamente ou em conjunto.

Assim não podemos chamar “de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer das metas rotineiras da administração política, mas somente por uma meta de urgência especial”³⁰¹. O autor exemplifica com o direito à liberdade de expressão, que sempre deve ficar em um segundo plano quando confrontado com um bem coletivo, como a segurança.

Desta forma, as distinções do objetivo político, entre metas e direitos, dependerá do

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 132.

³⁰¹ Idem, p. 144.

seu lugar e sua função na teoria política de uma sociedade.

“Se alguma autoridade pública utiliza, ainda que intuitivamente, alguma teoria política coerente para justificar as decisões particulares que toma, sua teoria reconhecerá então uma vasta gama de diferentes tipos de direitos, ordenados de tal modo a atribuir a cada qual um peso relativo aproximado”³⁰².

Utilidade dos direitos e das metas como fundamento

Efetuada a distinção entre direitos, como um objetivo político individuado e metas, como objetivo político não individuado, Dworkin prossegue buscando na antropologia moral corrente da sociedade o fundamento para um direito, uma vez que este pode vir a decorrer de uma meta coletiva da sociedade.

O autor questiona esta tese, de que os direitos decorrem psicológica ou culturalmente pelas metas da sociedade, por não ser possível testá-la e acrescenta que, pelo contrário, as metas podem ser traçadas para “acomodar algum sentido anterior de direitos individuais, e não para descrever os direitos em conformidade com suas metas comuns”³⁰³.

Ao fim, conclui que, após um lapso de tempo, poderá haver o reconhecimento de que, em alguns casos, certamente haverá conflito entre direitos e metas e, o mais importante, que esta distinção “pressupõe outra distinção, entre a força de um direito particular dentro de uma teoria política e a explicação casual de por que a teoria estipula este direito”³⁰⁴, de modo que ao falarmos da moralidade de uma comunidade, não conseguimos expressar a nitidez entre o direito que foi estipulado e a questão histórica de como foi estipulado, a tirar a força de qualquer argumento antropológico moral.

De outro lado, o autor demonstra que há teorias que sustentam existir a união de direitos e metas, não de forma causal, mas a tornar o direito dependente de sua aceitação. Tal somente dependerá da sua aptidão de fomentar uma meta coletiva, que seria a Teoria do Utilitarismo de Regras, pela qual a aceitação desse direito pelos tribunais e outras instituições dependeria da possibilidade deste direito promover utilidade à sociedade.

³⁰² Idem, p. 145.

³⁰³ Idem, p. 148.

³⁰⁴ Idem, p.148.

Argumentos de princípios com objetivos econômicos

Dworkin menciona que, pela tese dos direitos, as decisões judiciais são, de forma característica, geradas por princípios, não por políticas ao comentar sobre as pesquisas ligadas à teoria econômica e o direito costumeiro talvez poderem sugerir, de forma contrária, que as decisões dos juízes têm base em decisões políticas, e não em princípios, apesar de a tese dos direitos, conforme mencionado, sustentar que, nos casos difíceis, o juiz deve decidir fundamentado em argumentos de princípios, e não de políticas.

O autor comenta que a mencionada teoria econômica sustenta a possibilidade de demonstrar que quase todas as regras desenvolvidas pelos juízes, nas mais diversas áreas, atendem o objetivo coletivo de tornar as alocações de recursos mais eficientes e, que, em certos casos, os “juízes fundamentam suas decisões explicitamente na política econômica.

Com relação a estas afirmações, o autor diz que nenhuma delas é apta para afastar a tese do utilitarismo. No que se refere à primeira, de tornar os recursos mais eficientes, o juiz pode se apoiar na teoria dos direitos por um senso intuitivo do valor econômico. No que tange à segunda, de os juízes fundamentarem suas decisões explicitamente na política econômica, menciona o autor que a roupagem pode ser econômica sem, no entanto, haver a transformação do argumento de princípio em argumento de política.

Direitos institucionais como elementos da decisão

Entre as teses que o autor vai mencionando em seu texto, surge a Tese dos Direitos Institucionais.

“A tese dos direitos institucionais estipula que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos. Mas os direitos concretos nos quais os juízes se apoiam devem ter duas outras características. Devem ser institucionais e não preferenciais; devem ser direitos jurídicos em vez de outros tipos de direitos institucionais.”³⁰⁵

O autor menciona que direitos institucionais podem ser encontrados em diversos tipos de instituições, utilizando como exemplo o jogo de xadrez e suas regras.

³⁰⁵ Idem, p. 158.

Pelas regras institucionais, o jogador que ganhar a partida tem o direito enxadrístico³⁰⁶ de ganhar um ponto no torneio, já que há regras para o jogo e para um eventual torneio, não tendo qualquer pessoa o direito de invocar o ponto por questões ligadas à moralidade geral. O autor faz um paralelo com o direito que um cidadão tem de ver leis que protegem sua liberdade de expressão, apesar de o cidadão não ter um direito subjetivo a que determinada lei seja promulgada, somente podendo recorrer a considerações de moralidade política para sustentar tal direito.

Assim, com o argumento de melhor distribuição de renda o árbitro não poderia, validamente, entregar o prêmio de um torneio de xadrez ao jogador mais humilde, já que as regras institucionais do xadrez estabelecem direitos específicos, e não devem sofrer influência de argumentações de moralidade geral.

Dworkin menciona que, mesmo em casos difíceis institucionais, o árbitro não pode simplesmente escolher uma opção ao seu arbítrio, exemplificando com um caso no qual o jogador sorria para o outro como forma de intimidação.

Deste fato, o autor trouxe uma série de considerações sobre os possíveis raciocínios³⁰⁷ que o árbitro poderia/deveria fazer a fim de promover o caráter intelectual do jogo e não o transformar em um jogo de azar.

Assim, o árbitro estaria sujeito a alguns tipos de restrições institucionais, mesmo que não estejam dentro do regramento do jogo, a semelhança que um juiz encontrará em casos difíceis institucionais.

Como Dworkin diz, os raciocínios efetuados não são explícitos como os questionamentos que exemplificou. Tais raciocínios são adquiridos de forma inconsciente ao longo de uma carreira e utilizados para a decisão. Desta forma, a “proposição de haver uma resposta ‘certa’ a essa pergunta não significa que as regras do xadrez sejam exaustivas e não ambíguas; na verdade, trata-se de uma complexa afirmação sobre as responsabilidades dos

³⁰⁶ Assim mencionado pelo autor, DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p.158.

³⁰⁷ Algumas questões que foram levantadas pelo autor: Se o xadrez é um jogo intelectual, está incluída a habilidade de intimidação pessoal? Tal não é válido de modo a reforçar o caráter intelectual da partida. Entre as habilidades, deve o jogador ter a de se controlar das intimidações? Isso é realmente uma habilidade intelectual?, p. 161.

árbitros e dos participantes”³⁰⁸. Assim, pode-se questionar se, de uma forma, consciente ou não, os jogadores ao entrarem na disputa concordam com o conjunto de regras explícitas ou intuitivas do próprio jogo. Caso a resposta seja afirmativa, qual foi o consentimento? Somente das regras?

O autor conclui que deve ser examinado o “empreendimento como um todo, e não apenas as regras”³⁰⁹.

Direitos jurídicos como decorrência somente das leis e dos precedentes

Assim como nas regras de um jogo, nos casos difíceis, além daqueles conceitos como contrato e propriedade, há outros que não se encontram explícitos, como a “intenção” ou “propósito” de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da ideia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre que direitos foram criados por uma lei específica.

O segundo é o conceito de princípios que “subjazem” às regras positivas do direito ou que nelas estão “inscritos”. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer³¹⁰.

Assim, da mesma forma que um árbitro filósofo resolveria as questões do jogo, o juiz poderia “desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem”³¹¹. Dworkin criou para esta finalidade um juiz de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”³¹² a quem chamou de Hércules, que, além de possuir estas habilidades, aceita “que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores”³¹³.

O autor deu um exemplo de caso constitucional no qual o poder legislativo criou uma lei estabelecendo transporte gratuito para crianças que estudam em escolas paroquiais,

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 163.

³⁰⁹ Idem, p. 164.

³¹⁰ Idem, p. 164.

³¹¹ Idem, p. 165.

³¹² Idem, p. 165.

³¹³ Idem, p. 165.

surgindo daí questões se a lei institucionaliza algum tipo de religião e se as crianças teriam ou não o direito de utilizar o transporte. O juiz Hércules deveria, com base na Constituição, achar uma resposta em uma teoria constitucional que abrangesse a Constituição como um todo. O autor traz ainda diversos questionamentos como se a liberdade religiosa inclui o direito de não termos nossos impostos utilizados para ajudar a uma religião a sobreviver ou serem eles utilizados por uma às expensas de outra.

Para responder estas questões, Hércules deverá utilizar as regras estabelecidas pela Constituição e também a filosofia política de forma semelhante à que um árbitro de xadrez efetua, a formar complexos raciocínios e teorias, testá-los e, ao fim, “elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza”³¹⁴.

A interpretação das leis e a necessidade de não interferir no trabalho do legislador

Dworkin dá um novo exemplo como o de um caso no qual o juiz Hércules depararia com uma questão em que uma lei tornou crime federal transportar em nível interestadual “qualquer pessoa que tenha sido ilegalmente capturada, confinada, sequestrada, enganada, atraída por artimanhas, raptada ou levada à força por quaisquer meios...”³¹⁵.

Assim, sob a jurisdição de Hércules, poderia ter sido submetido um caso onde pretendia-se condenar um homem por uma jovem ter acreditado que era seu dever religioso fugir com aquele, vindo a violar uma ordem judicial para o fim de consumir um casamento celestial³¹⁶.

O autor então, diante da amplitude da lei, levantou quais seriam os questionamentos que Hércules poderia efetuar, mesmo que moralmente fosse contra a conduta do réu, já que o réu tem direito a liberdade, “a menos que a interpretação correta da lei o prive de tal direito”³¹⁷.

³¹⁴ Idem, p. 168.

³¹⁵ Idem, p. 168.

³¹⁶ O caso em questão realmente aconteceu, sendo chamado de *Chatwin v. Estados Unidos* e foi julgado em 1946. Houve um casamento “celestial”, contra a vontade dos pais da menina, que contava com 15 anos de idade. A Suprema Corte dos Estados Unidos absolveu o nubente sob o argumento de que o casamento foi concretizado, não houve prova das condutas descritas no tipo penal, a vítima estava livre para deixar o marido, não havendo prova, assim, da contenção ilegal, não havia prova de que a menina era incapaz, além de ser necessário ter dúvida razoável acerca da incapacidade e que o propósito da lei era de proibir sequestros, e não transgressões de moralidade. <http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases,_volume_326>. Acesso em: 2 jun. 2015.

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins

Assim, para o autor, o juiz deveria começar questionando por que a lei tem o poder de alterar direitos e encontraria a resposta de que o legislativo é o local adequado para a tomada de decisões transformadoras de condutas em criminosas, tendo o Legislativo o dever geral de lutar por metas coletivas com a finalidade de atingir o bem-estar público.

Diante desses fatos, Hércules poderia buscar a melhor interpretação da lei, de modo que promovesse seus objetivos, tal como um árbitro buscaria a natureza do jogo para aplicar as regras. Poderia, ainda segundo o autor, o juiz questionar que argumentos de princípio e de política justificariam tornar a conduta típica. Poderia a lei ter sido justificada no objetivo de maior efetividade da lei? Já que crimes interestaduais acabam se tornando um obstáculo à aplicação lei? Ou tornar crimes federais apenas os crimes mais perigosos e disseminados?

Qual seria a interpretação que melhor se adapta à política? Para o autor, seria uma “segundo a qual a sedução (*inveiglement*) do tipo apresentado no caso não se transforme em crime federal em decorrência da lei”³¹⁸.

O autor segue explicando que, no momento que redigiu o texto, não tinha condições de apresentar um exemplo mais elaborado de interpretação de normas legislativas, no entanto com este teve a intenção de demonstrar “que as suposições feitas pelos juizes sobre a intenção das leis são suposições sobre direitos políticos”³¹⁹.

O autor deixou claro que o juiz não iria complementar o dito pelo Legislativo, mas o resultado do trabalho legislativo poderia e pode ser questionado, como podem ser questionadas as regras de um jogo, de forma que a teoria desenvolvida por Hércules para interpretar a lei não interfere na atividade do Legislativo, mas somente busca na política os limites da linguagem utilizada na lei.

A força gravitacional dos precedentes para Dworkin

Sob o subtítulo de “O Precedente”, o autor menciona a hipótese de Hércules ser submetido a um caso difícil, no qual são suscitadas questões decididas pelo tribunal anteriormente que confeririam a uma parte o direito de ter uma decisão favorável, além dos hipotéticos raciocínios que teriam de ser feitos.

Fontes, 2011, p. 168.

³¹⁸ Idem, p. 170.

³¹⁹ Idem, p. 170.

O autor fala que ele poderia ser seduzido pelo raciocínio simples de que os juízes, ao decidirem casos com fundamento no direito costumeiro, a bem da verdade, estariam estabelecendo regras gerais que beneficiariam a sociedade e assim poderiam utilizar essas decisões como leis. Contudo, para Dworkin, esta teoria possui dificuldades.

Uma das dificuldades sustentadas é a de que na interpretação das leis devem ser colocados limites às decisões políticas, bem como que os precedentes não possuem disposições que possam ser consideradas como uma verdadeira regra para o caso novo, apesar de ter feito parte do estilo judicial inglês e norte-americano a tentativa de compor os enunciados desta forma; postura de redação superada pela doutrina.

Hércules poderia dizer que uma decisão anterior possui uma “força gravitacional” sobre as decisões posteriores, mesmo sem o caso se situar dentro da órbita.

Surge, assim, a questão acerca de que “os juízes frequentemente divergem não sobre o modo de interpretar uma regra ou princípio, mas também sobre a questão de saber se a regra ou o princípio que um juiz cita deve, inclusive, chegar a ser reconhecida como sendo uma regra ou um princípio”³²⁰.

“Na decisão judicial, ao contrário do que acontece no xadrez, o argumento em favor de uma regra específica pode ser mais importante do que o argumento extraído dessa regra para o caso particular. Enquanto que o árbitro do xadrez, que decide um caso apelando para uma regra da qual ninguém jamais ouviu falar, será desqualificado ou declarado insano, é muito provável que o juiz que assim proceder venha a ser louvado nas aulas das escolas de direito”³²¹.

Assim o autor segue mencionando que a força gravitacional de um precedente, que pode ser uma decisão política, está mais para a equidade de tratar casos semelhantes igualmente do que o argumento acerca de que ela faça parte da legislação.

Ao concluir que está na equidade o fundamento para decidir os casos iguais, Hércules terá de tirar algumas conclusões como a de que a força gravitacional da equidade deve se limitar aos argumentos de princípio justificadores das decisões, pois “se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por um argumento de política, ela não teria

³²⁰ Idem, p. 175.

³²¹ Idem, p. 175.

força gravitacional alguma”³²², pois “Hércules só deve levar em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente”³²³.

Hércules e a teia inconsútil

Após Hércules constatar “que a força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe dão sustentação” e que “a sua comunidade compreende, ainda que talvez não admita explicitamente, que é preciso ver as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política”, deverá, diante da necessidade de fazer a ponte entre a equidade como justificadora do precedente e a decisão, buscar um esquema de princípios que justifique a decisão do precedente.

O nome Hércules surge justo desta tarefa que deverá ser desenvolvida, ou seja, “construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também, um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas”³²⁴. Dworkin segue mencionando que Hércules deveria fazer uma ordenação vertical, desde o mais alto nível, que seria a constituição e as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, até a legislação infraconstitucional e as decisões dos diferentes tribunais, e uma horizontal de princípios justificadores das decisões. Em cada um destes níveis horizontais, deve haver justificação nos níveis superiores. E os princípios justificadores de um nível devem ter uma harmonia com as decisões do mesmo nível.

Apesar de Hércules conseguir fazer este esquema, ele encontrará resistências ante a diversidade de opiniões dos juízes.

12 BREVE ANÁLISE ACERCA DA QUESTÃO DA UNICIDADE DE RESULTADO VÁLIDO

Ao seguirmos a evolução dos textos de Dworkin, deparamos com a evolução de seu pensamento sobre pontos polêmicos. É possível analisar isso com seus textos sobre o direito de resistência, que foram redigidos em épocas diferentes, como “A desobediência civil” que foi publicado na New York Review of Books em 1968, revista, que circula em Nova York desde 1963 e tem como objetivo estimular o debate sobre os mais diversos assuntos e áreas, e

³²² Idem, p. 177.

³²³ Idem, p. 179.

³²⁴ Idem, p. 182.

outro que faz parte do livro “Uma Questão de Princípio”, e é uma adaptação de uma palestra proferida na Alemanha sobre o tema, em uma conferência organizada por Habermas no ano de 1983.

Neste ponto do estudo, mencionaremos dois textos do autor que apresentam conclusões aparentemente distintas: “os direitos podem ser controversos”, retirado da obra **Levando os direitos a sério**, que teve sua primeira edição em 1977, e outro texto, “Não existe mesmo nenhuma resposta sobre casos controversos?”, retirado de seu livro **Uma questão de princípio**, publicado em 1985.

12.1 Dworkin – Os direitos podem ser controversos

Neste texto, o autor segue justificando seu pensamento de que os juízes devem descobrir os direitos das partes, e não inventar, de modo que existiria uma resposta certa para cada caso. Entretanto, tal resposta estaria “trancada no céu do filósofo do direito, inacessível tanto aos leigos quanto aos advogados e juízes. Cada um pode ter apenas sua própria opinião, e a opinião do juiz não oferece mais garantias de verdade do que a de qualquer pessoa”³²⁵.

Sobre este tema Dworkin, reconhecendo que a questão de se os casos legais apresentam apenas um resultado válido ou não, começa chamando de dispositivos a situação na qual a legislação aponta para um resultado e que os juízes têm o dever de reconhecê-la, como contrato válido e responsabilidade civil ou criminal. E, com base nos dispositivos, o autor menciona que há a tese da bivalência, ou seja, se um contrato é válido ou não, se o crime foi cometido ou não, em que somente haverá duas alternativas para o julgamento, em que há uma resposta correta, mas não se sabe qual é.

Continua o autor a mencionar que esta tese da bivalência pode não estar correta, pois as situações podem apresentar uma outra alternativa, como, por exemplo, um contrato que não possa ser considerado válido nem inválido, podendo haver uma terceira vertente, a qual o autor denominou de contrato incoativo.

Assim, para o autor, pode haver situações nas quais o juiz não é obrigado a decidir

³²⁵ Idem, p. 431.

conforme as pretensões³²⁶, já que pode ocorrer que nenhuma das respostas sejam corretas no caso da tese da bivalência, podendo haver uma terceira possibilidade entre as duas proposições. Exemplo disso é quando a promotoria pedir a pena máxima e a defesa pedir a pena mínima, não estando o juiz obrigado a decidir em conformidade com qualquer das duas pretensões, havendo, assim, um poder discricionário do juiz ou mesmo, em uma ação de responsabilidade civil, ser entendido que houve culpa recíproca. Aqui, trazemos o exemplo da aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida ou, ainda, quando um juiz da Vara da Família vai fixar um percentual de alimentos, em que o autor pede a fixação em 25% dos ganhos e o réu pede que seja fixado em 20%, situações nas quais não há proposições jurídicas ou de prova que definam de forma peremptória qual é a medida adequada ou como o juiz deve se posicionar.

Diante dos exemplos, o autor mencionou que em algumas circunstâncias a lei pode não precisar se um contrato é válido ou não, ou se foi cometido crime ou não, demonstrando, assim, ser errada a tese da bivalência, sendo que tal circunstância se aproxima do argumento da imprecisão, pela qual o juiz não tem o dever de decidir em qualquer sentido, mas, sim, uma permissão legal para exercer o poder discricionário e decidir num ou noutro sentido.

12.2 Segunda versão para a possível ausência de resposta apresentada por Dworkin

Para a segunda versão, Dworkin criou três argumentos: da imprecisão, do positivismo e da controvérsia.

Com relação ao argumento da imprecisão, diferenciou o autor a questão da palavra utilizada pelo legislador ser um termo impreciso, da hipótese de o conceito possuir concepções diferentes.

Segue o autor mencionando que para os juristas a linguagem é imprecisa, de modo que não possibilita haver uma resposta correta, sendo esta questão aparentemente superada pelos métodos de interpretação que retirariam a incerteza a conferir a possibilidade de assim haver uma resposta certa, ou mesmo, por meio da busca do resultado certo, verificar qual das alternativas promove de forma mais eficiente os direitos estabelecidos e as políticas. No

³²⁶ Os exemplos utilizados são os mencionados pelos os autores e servem somente para ilustrar. O leitor deverá levar em conta que o texto foi redigido em um ambiente jurídico diferente do nosso e que, em algumas oportunidades, poderá não haver correspondência integral com o Direito Pátrio, como, por exemplo, se o réu tem ou não direito subjetivo a que a pena seja fixada no mínimo legal.

entanto, pode haver o entendimento diverso de modo a restringir a aplicação da lei imprecisa.

De toda sorte, sempre haverá uma zona de penumbra, não existindo uma teoria da interpretação com aceitação geral que consiga estabelecer a consequência de uma disposição com linguagem imprecisa. É importante salientar que os próprios tribunais não possuem uma posição unânime com relação aos enunciados imprecisos, podendo, inclusive, as decisões judiciais acerca dos termos imprecisos padecer do mesmo defeito.

Concluindo, o autor com sua posição pessoal³²⁷ menciona que algumas questões jurídicas não tem respostas certas, não pelo fato de serem imprecisas e pelo fato de os juízes discordarem das próprias técnicas de interpretação, mas porque os juristas discordam acerca do que seria a resposta certa³²⁸.

A crítica de Richard Posner – Há respostas certas para as questões jurídicas

Richard Posner, na sequência dos ensinamentos de Dworkin, faz alguns questionamentos sobre suas posições, ressaltando especialmente que em alguns casos há uma resposta correta, sim, porém não há como conhecê-la, como o exemplo de se o número de folhas na relva do jardim de Harvard, no dia da colação de grau de 1903, era par ou ímpar. De outro lado, menciona que tudo pode não passar da necessidade de conhecer-se melhor os fatos, mesmo que isso venha a demorar muito, apontando, no entanto, que nem sempre a solução da questão pode aguardar o tempo necessário para a averiguação do fato.

13 JUIZ E JURISDIÇÃO

13.1 A figura do juiz através da História

Desde a Grécia antiga à atualidade, houve diversas experiências acerca da forma de ingresso e ao papel que é atribuído à magistratura.

A seleção, que não vinha do acaso, mas sim dos comandos políticos que “procuram situar a magistratura numa situação de dependência, cuidam para que os juízes aceitem docilmente tal condição, cumprindo fielmente as tarefas de que forem incumbidos, sem

³²⁷ O texto foi publicado em 1985.

³²⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 194.

consentir ou praticar rebeldias”³²⁹.

Na Grécia antiga, o título de magistrado era conferido, por sorteio ou seleção, a um cidadão com poder de comando, seja civil ou militar, mas sempre no interesse coletivo. Ou seja, não havia necessidade de conhecimento específico e qualquer cidadão poderia ascender ao cargo.

Embora não seja incontroversa sua origem etimológica, sustenta-se que a “palavra ‘*magistratus*’ derivou de *magister*, significando ‘chefe’, tendo sido utilizada inicialmente para designar a pessoa física que receberia um mandato do povo e agia como seu representante, ocupando uma posição de relevo na organização política”³³⁰.

Os magistrados, que poderiam agir de forma coletiva ou individual, atuavam somente para buscar a solução de dissensos nos casos que lhe eram submetidos, ficando sempre na situação de inércia, agindo somente quando provocados e na medida e limites da questão que deveria ser apreciada.

Na Idade Média, começaram a surgir os tribunais eclesiásticos, que podiam julgar casos cíveis e criminais de certas pessoas que possuísem condição pessoal conferidora deste privilégio.

Com a decadência do absolutismo e o aparecimento do Estado Moderno, os tribunais corporativos foram sendo extintos, já que não se revestiam da democracia necessária. Era fato que os governantes absolutos utilizavam os serviços dos juízes como forma de manutenção do poder, já que estes deveriam manter fidelidade e atender aos interesses de quem os tinha escolhido, revestindo a magistratura de poder, tendo esta, porém, um status negativo, sendo temida pelo povo, já que os juízes não possuíam qualquer controle, a possibilitar o puro arbítrio destes, desde que agissem em conformidade com os interesses do poder político, a colocar o juiz a serviço do rei e contra o povo.

Na França, a partir do final da Idade Média, começou o delineamento da magistratura como a do Estado Moderno, no qual, apesar de não haver diferenciação entre o público e o privado, a aristocracia passou a exercer o poder político e a magistratura figurou também, lhe

³²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 8.

³³⁰ Idem, p. 10.

servindo como forma de exercício e manutenção do poder. O ofício judicial até então era pago, havendo ainda casos de cobranças abusivas.

A magistratura, embora prestasse serviço público, agia como atividade privada, já que os cargos eram comprados, vendidos e transmitidos, e a prestação jurisdicional era vendida ao povo. A figura do magistrado não era bem entendida, já que, se julgasse contra o poder público, a decisão era taxada como interferência nos assuntos do Executivo e do Legislativo. Caso decidisse um litígio entre os particulares, a parte perdedora considerava que o juiz, e não o Estado, é que tinha praticado a suposta violência contra os seus interesses. Tudo isso acarretou com que muitos juízes fossem punidos na Revolução Francesa.

13.2 Breve notícia acerca da jurisdição romana

Aqui, buscaremos verificar as fases e modelos de jurisdição romana, acompanhando de perto as lições de Ovídio Baptista, através desta análise talvez possamos esclarecer o significado da menção de que estamos voltando aos tempos da jurisdição romana.

O Direito Romano, principalmente o Civil, teve forte influência sobre o Direito Europeu e da América latina. O Império Romano, estabelecido em 753 a.C., pode ser dividido em três períodos de regime político: a Realeza, que se estendeu até 509 a.C.; a República, de 509 a.C. a 27 d.C.; e o Império, dividido em Alto Império e Baixo Império, época que unia os Impérios Ocidental e Oriental, que se estendeu até 284, e o Baixo Império, de 284 até a morte de Justiniano em 566³³¹.

A divisão da forma de governo não corresponde à evolução do Direito, que pode ser dividida em época antiga, que se estendeu até o século II a.C.; época clássica, de 150 a.C. até 284 d.C.; e a época do Baixo Império, a partir do século III³³².

Assim, ao ser efetuada menção à jurisdição romana, temos de ficar atentos à época sobre a qual a referência é feita, pois, inicialmente, ao falarmos sobre jurisdição romana, podemos alternativamente transmitir a ideia de que a atividade do juiz é constituidora ou somente é declaratória de direitos, isso de acordo com o período da jurisdição romana que é referida.

³³¹ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 80 e 81.

³³² Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 81.

A jurisdição romana teve o período clássico, também nominado como Direito Republicano, e o período dos imperadores romanos. No período clássico, a lei era uma fonte secundária do Direito, já que durante o reinado do Imperador Justiniano a lei passou a ser fonte exclusiva do Direito, sendo o imperador o seu único intérprete.

Antes da fase do império, na jurisdição romana clássica, a lei figurava como fonte secundária. Inúmeras eram as fontes do Direito, que não tinham qualquer caráter vinculativo ou coercitivo para o aplicador, que criava discricionariamente o Direito ao aplicá-lo. Leis escritas eram raras, a atividade do intérprete era criadora, no entanto, não se destinava a criar normas gerais e abstratas, mas normas para a solução do caso concreto; um direito misturado com fatos, assim, dos casos não eram criadas normas gerais e abstratas.

A apropriação da jurisdição e do Direito pelo Estado remonta a antes de Cristo, sendo que a assunção da jurisdição pelo Estado ocorreu de forma gradativa. Ovídio Baptista menciona que não é difícil perceber que certos pontos cruciais diferenciam a jurisdição romana republicana e a jurisdição romana dos imperadores, sendo esta última a que nos foi transmitida.

A jurisdição clássica ou republicana tinha um caráter privado em contraposição a um caráter público como expressão da soberania do Estado na época do império. O caráter privado aqui mencionado não significa não ser Estatal; a jurisdição nesta época mantém seu caráter público, estando, porém, desligada das funções do Estado, trazendo, com isso, uma série de implicações.

Assim, houve uma grande evolução até a apropriação do “Direito pelo Estado, com a consequente funcionalização do fenômeno jurídico, até chegarmos a Thomas Hobbes e aos filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII, a partir dos quais o Direito será aquilo que o soberano põe como sendo direito.

O Jurídico perde definitivamente sua essência. O Direito deixa de ser a expressão da justiça para tornar-se um assunto de Estado”³³³.

Chamamos atenção aqui para a questão de que a justiça passou a ser o que a lei determinava ser justo, e não o que o intérprete entendia como justo.

³³³ BAPTISTA, Ovídio. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, in **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXIII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, p. 558.

Portanto, ao mencionar o retorno à jurisdição da República Romana ou ao Direito Romano clássico, diz-se que se retorna à época quando não havia legislação e a norma era criada para cada caso. Ovídio Baptista menciona que *ius dicere* significava, na época do Direito Romano clássico, que a norma era criada para o caso, tal como a atividade do legislador. Já nossos juristas modernos mencionam *dicere* como ato declarativo, diferentemente, repete-se, do que na época da República Romana, quando tinha o significado de constituir.

O autor menciona que a evolução gradual da legislação ocorreu de forma que, em um dado momento, houve a substituição da legislação criada para o caso em concreto pela legislação de disposições gerais, surgindo o normativismo moderno, que, desde então, não parou de crescer.

“O direito do caso começa a ceder lugar à justiça da lei, até o ponto em que Thomas Hobbes considera-se autorizado a dizer que a justiça não é uma questão a ser descoberta pelo juiz, mas, ao contrário, deve ser uma tarefa do legislador.

Isso mostra que a funcionalização do direito, de que hoje nos lamentamos, é uma consequência natural do paulatino processo de monopolização da produção do Direito pelo Estado. Mesmo a criação do direito pela jurisprudência, em última análise, é aplicação de normas, era experiência estranha à *iurisdictio republicana*.”³³⁴

Assim, repetimos, quando é mencionado que o Direito Moderno retorna à jurisdição romana, devemos prestar atenção a qual tipo de jurisdição é referido: se é o da jurisdição criadora, sem limites e exercida por qualquer cidadão escolhido, sem a característica de se retratar como o pleno exercício do poder do Estado, podendo assim ser caracterizada como privada, ou a jurisdição pública, característica dos estágios finais do Direito Romano, exercida como delegação do poder do Estado, de forma declaratória.

Além dessas questões, devemos observar que, conforme menciona Ovídio Baptista, a tarefa de dizer o Direito era do pretor, que não criava normas abstratas gerais, mas somente e apenas para os casos concretos. Tal função se assemelha hoje com a atividade do Legislativo, que, no entanto, cria normas gerais e abstratas. Assim se posiciona o autor: “se quisermos

³³⁴ Idem, p. 559.

comparar-nos aos romanos, então devemos considerar que a jurisdição pretoriana hoje é exercida pelo Poder Legislativo”³³⁵.

O Império Romano era dividido em ocidente e oriente. Com a invasão de Roma pelos germanos em 476, houve uma fusão entre o Direito Romano com o Germânico e o processo também sofreu importantes alterações passando a ser o chamado processo romano-barbárico. Já o Império Romano do oriente seguiu com Justiniano figurando no poder.

A jurisdição era exercida pela assembleia dos membros livres do povo ou da comunidade, a citação era efetuada pela própria parte, sem intervenção do Estado, cabendo ao juiz somente a direção formal do debate e a proclamação do resultado. A sentença era proferida pela assembleia e não podia ser impugnada. A execução também era feita de forma privada.

13.3 O exercício da jurisdição através do processo

Nos dizeres de Ovídio Baptista, “os antropólogos que estudam o fenômeno jurídico mostram que o Direito, em suas mais diferentes expressões, esteve presente em todas as comunidades humanas, por mais rudimentares que elas tenham sido. Pode-se afirmar, sem temor de erro, que o Direito, enquanto expressão do justo (*ius*), é um fenômeno cultural que nada tem a ver com o Estado. Ao contrário do que se dissera positivismo, não foi o Estado que inventou o Direito, mas o Direito que deu vida ao Estado”³³⁶.

Nesta sequência, podemos afirmar que toda sociedade depende do Direito com o fim de tornar a vida em sociedade possível. Já vimos no primeiro capítulo deste estudo que o Direito regula a vida em sociedade, permitindo, proibindo ou impondo condutas com o fim de ordenação. Porém, caso estes comandos não sejam acatados, seja inteira ou parcialmente, em nome da estabilidade social, há consequências e estas devem tornar-se efetivas, seja para impor uma conduta, seja para punir a quem não observou a prescrição.

Surge, assim, ainda que estejamos falando de uma forma muito rudimentar e bem ampla, a jurisdição como função estatal, para tornar concreto aquilo que a lei estabeleceu em abstrato.

³³⁵ Idem, p. 566.

³³⁶ Idem, p. 567.

O Poder Judiciário figura como o órgão do Estado encarregado da função jurisdicional e, na sequência, a figura do juiz como o ente que exerce a representação da figura estatal encarregada da aplicação da lei, ou seja, “o juiz é o agente estatal que exerce a jurisdição e, em decorrência, o poder jurisdicional”³³⁷.

Não é só. Para o exercício da atividade jurisdicional, há a necessidade de um instrumento, a figura do processo, por meio do qual o juiz exercerá o seu poder dever.

13.4 Breve histórico do exercício da jurisdição por meio do processo

Segundo Vicente Miranda, o processo civil romano pode ser dividido em três fases históricas: a *legis actiones*, a *per formulas* e a da *cognitio extraordinaria*. Seguiremos o autor de perto ao analisarmos cada uma dessas fases.

O período da *legis actiones*

Relacionado com a Lei das XII tábuas, um dos fundamentos do Direito Civil, a qual, segundo a lenda, foi redigida pelos plebeus que reclamavam do arbítrio dos magistrados. A Lei das XII tábuas foi redigida em 451-449 a.C em doze tábuas afixadas no fórum de Roma. O texto da lei foi perdido, mas afirma-se que não se tratava efetivamente de um código ou de um conjunto de leis, mas de uma redução a escrito de costumes³³⁸.

O período da *legis actiones* é compreendido desde a fundação de Roma, que ocorreu, segundo a lenda, em 753 a.C.³³⁹ e perdurou até o ano 149 a.C.

O procedimento era de uma formalidade rigorosa e oral. Era dividido em duas etapas *in jure*, desenvolvidas perante um funcionário do Estado. Se este julgasse procedente, determinaria que a questão fosse submetida à segunda fase, a *in judicio*, que era a etapa privada, ou seja, não ocorria perante um funcionário do Estado, mas, sim, diante de um particular que produzia as provas e decidia a questão³⁴⁰. Na primeira etapa, ou seja, na *in jure*,

³³⁷ AMENDOEIRA Jr., Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 15.

³³⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 86.

³³⁹ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 80.

³⁴⁰ Cf. MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p.12.

funcionava o magistrado. Na segunda, funcionava o juiz. O magistrado era um funcionário público e o juiz era um particular.

O período *per formulas*

Este período se desenvolveu ainda nos tempos da República Romana e teve início no ano de 149 a.C., desenvolvido ante a necessidade de resolução das questões que surgiam entre os romanos e estrangeiros ou somente entre os estrangeiros em tempos de viagem. Foi criada para o exercício desta atividade a figura do pretor peregrino “que concedia às partes uma fórmula escrita, na qual precisava o objeto do litígio, e com esta as partes compareciam perante o juiz, por elas escolhido, que conhecia os fatos e proferia a sentença”³⁴¹. Tal modelo passou a ser utilizado por Roma, com a figura do pretor urbano.

Tal como no sistema da *legis actiones*, o procedimento era dividido em duas fases. Na primeira fase, desenvolvida perante o magistrado, funcionário público, era escolhido pelo autor no álbum do pretor uma fórmula que continha o delineamento de sua pretensão e com a qual o juiz, funcionário privado, iria decidir, ficando atento à fórmula. Perante o juiz eram produzidas as provas e havia o debate, tendo o juiz inteira liberdade para decidir a questão. Caso o juiz não se julgasse apto para julgar, seja por falta de convencimento ou esclarecimento de um dos pontos em questão, ele poderia devolver o feito ao magistrado para que fosse nomeado outro juiz³⁴².

O período da *cognitio extraordinaria*

Este período se estendeu do ano 294 d.C. até a codificação efetuada pelo Imperador Justiniano (528-534).

Neste período, a jurisdição passou a ser estatal, transformando o juiz privado na figura do juiz oficial, passando aquele ser magistrado, não havendo mais necessidade de divisão dos casos em duas fases. O juiz que conhecia a causa, dava-lhe o andamento, produzia as provas, julgava e executava a decisão. Uma peculiaridade é que nesta etapa o juiz podia condenar o autor, sendo defeso ao juiz agir desta forma nas fases de jurisdição anteriormente mencionadas.

³⁴¹ Cf. MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p.12.

³⁴² Cf. MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p.13.

13.5 Os modelos de juiz – François Ost

Diante dos desafios da pós-modernidade e de nossa sociedade multiforme e pluralista, necessitaremos de qualidades específicas para superar as dificuldades jurídicas apresentadas.

O filósofo belga François Ost escreveu, em 1993, o ensaio “Os três modelos de juiz” apresentando versões de juízes, cada um com sua aptidão, com a finalidade de verificar qual se adequaria da melhor forma à atualidade.

Inicialmente, o autor apresentou dois extremos de modelos de juiz para após apresentar um terceiro modelo, que eventualmente seria o mais adequando para as dificuldades enfrentadas na atualidade.

O primeiro modelo seria o juiz Júpiter, seguidor do modelo piramidal da legislação, com decisões sempre proferidas com equidistância e baseadas na legalidade. Para este modelo de juiz, a lei é a única fonte do Direito e o juiz está sempre no topo da pirâmide ou de uma cadeia de montanhas³⁴³ a aplicar o texto da lei.

O segundo modelo seria o juiz Hércules. Para representar este modelo, a pirâmide é invertida de forma a colocar o juiz no centro do Direito, sendo ele a única fonte de direito válido. O autor, utilizando-se de metáforas como Dworkin faz, apresenta Hércules como um juiz semideus que carrega a jurisdição em seus braços. A decisão é que possui autoridade, e não a lei. O código se substitui pelo processo e a singularidade do caso se substitui à generalidade e abstração da lei. E o direito codificado se substitui por um direito de precedentes.

O autor faz no texto um paralelo entre o esquema piramidal e as necessidades do estado liberal do século XIX; para estas, aparece a figura do juiz ligado à legalidade. Já a figura da pirâmide invertida do funil se encontra ligada às particularidades e necessidades do estado social do século XX; para estas, o juiz estará mais ligado aos anseios sociais.

A combinação dos dois modelos, para o autor, não é o suficiente para suprir as

³⁴³ A expressão utilizada refere-se à cadeia de montanhas de forma que o aplicador ficaria sempre na mais alta montanha que seria a Constituição. António Manuel Hespanha retrata a ordem jurídica pluralista como “uma cordilheira normativa, pontilhada de ‘cumes’ diversos, sem que se possa dizer que um deles é o cume de todos os demais”. HESPANHA, António Manuel. Terão os juízes voltado ao centro do direito, **Revista Julgar**, especial, Coimbra Editora, 2009, p. 20.

complexas necessidades do Estado de hoje. Para formar uma nova figura, o autor utiliza o primeiro modelo de juiz, as Constituições, os códigos, os princípios e as disciplinas que orientam a disciplina do Direito e, no segundo modelo, a justiça constitucional e dos procedimentos de urgência que exercem um monopólio sobre a jurisdição.

E, diante do fato de esses modelos estarem obsoletos e em crise, a evidenciar a necessidade de se criar um novo modelo de juiz para representar a sociedade pós-moderna, o autor cria a figura do juiz Hermes³⁴⁴, o mensageiro dos deuses.

Hermes ocupa o vazio das coisas e assegura o intercâmbio entre os extremos, sendo um grande comunicador e mediador universal, não conhecendo outra lei que não a circulação dos discursos. Além disso, possui poderes divinais capazes de conectar os vivos e os mortos, o céu e a terra.

Se a pirâmide simboliza Júpiter e o funil, Hércules, para representar Hermes temos uma rede com uma multiplicidade de pontos e inter-relações.

Hermes atua em um campo jurídico que necessita de uma combinação infinita de poderes e dados, que devem ser disponíveis instantaneamente, tal como num banco de dados, a superar o modelo de códigos e de processo, incapaz de prever todos os fatos e acontecimentos da sociedade multicultural atual, sendo a lei pós-moderna o resultado dessas informações e poderes instantâneos, podendo ser chamado o resultado do mencionado de Teoria Lúdica do Direito.

13.6 A posição do Judiciário na separação, harmonia e independência dos poderes. Há alguma preponderância?

A divisão de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário decorre da doutrina de Montesquieu, que foi o primeiro autor a sistematizar esta separação. Esta ideia foi acolhida pelos ideais da independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, já que nos primórdios o poder era concentrado somente nas mãos do soberano.

³⁴⁴ O autor, reconhecendo que a figura de Hermes é conhecida e diversas vezes utilizada pela doutrina, faz uma diferenciação do Hermes de sua criação para a figura criada por Dworkin, já que para este Hermes representa somente a figura de um juiz, enquanto para Ost seria todo interlocutor ou ator do mundo jurídico. Para Dworkin, o juiz se dedica a interpretar a vontade da lei e do legislador, enquanto para Ost a vontade da lei ou do legislador é somente um meio de interpretar o melhor sentido das normas. O Hermes de Dworkin estaria preso à lei e à vontade do legislador, enquanto o Hermes de Ost se esforça para integrar na construção do sentido jurídico a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do Direito, etc.

Assim, surge a ideia de poder uno, porém dividido em três órgãos, cada um deles exercendo sua função de forma harmônica e independente. Contanto estes órgãos com o sistema de freios e contrapesos como forma de regulação e fiscalização recíproca.

Cabe aqui mencionar a autolimitação judicial que “consiste numa fórmula de convivência entre o Judiciário e os demais Poderes do Estado, pela qual o primeiro não abdica da sua magna função de guardião da Constituição, mas também não se arvora à condição de ‘dono da verdade constitucional’, reconhecendo aos poderes eleitos a primazia na tarefa de concretização dos ditames constitucionais”³⁴⁵.

No entanto, no atual momento da sociedade brasileira, de certa forma, parece caber ao Judiciário uma função de maior destaque, ao ter sob sua atribuição um importante controle da atividade legislativa e executiva, devido ao controle de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos.

Aparentemente, tal assertiva pode não passar de mera ficção, já que nos desmandos da História o Judiciário participou como mero coadjuvante e assistiu aos descalabros do autoritarismo sem exercer, de forma ostensiva, qualquer controle concomitante.

De outro lado, com eventos recentes no Brasil conhecidos como o “Mensalão” e o “Propinoduto”, nos quais pessoas do mais alto escalão do Governo Federal e dos partidos da situação foram processados e presos, e, em Portugal, com a prisão do Ex-Primeiro-Ministro José Sócrates, é possível evidenciar que a evolução da sociedade e o advento de mecanismos mais avançados de produção de provas venham a colocar o Judiciário como o protagonista de maior destaque nos tempos atuais.

No entanto, este acontecimento não fica sem uma explicação dos juristas, que apontam a existência de uma verdadeira crise, devido, especialmente, ao modelo ultrapassado da divisão de poderes, que foi concebido para uma realidade social e política diferente de nosso tempo. Conforme Dalmo de Abreu Dallari menciona, “isso pode ser explicado de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se um ‘Estado mínimo’, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem

³⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 115.

respeitados”³⁴⁶.

A crise não se centra somente em um modelo ultrapassado, mas talvez pela própria inércia dos poderes, como, por exemplo, o Legislativo, que deve estar sempre atento às necessidades da sociedade, mas, por questões com aparentes explicações, deixa de exercer sua atividade legiferante. Podemos tomar como exemplo a questão do casamento de pessoas do mesmo sexo. Não iremos ingressar no mérito da questão com profundidade, porém, salvo melhor juízo, o Legislativo manteve-se inerte diante do anseio da sociedade e da necessidade de sua manifestação sobre o assunto, não colocando o tema para ser submetido à votação.

Talvez a melhor interpretação indicasse que o Legislativo, ao não regular a questão evidente, a bem da verdade, disse não ser possível a união. A boa técnica poderia apontar que o Judiciário deveria regular os casos concretos que lhe fossem submetidos, não sendo, sob o nosso ponto de vista, caso de mutação constitucional o fenômeno ocorrido no Brasil, onde o CNJ, órgão administrativo, por meio da Resolução nº 175³⁴⁷, determinou que os oficiais do Registro Civil não poderiam mais se recusar a efetuar os procedimentos e o próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Além de uma aparente interferência no Legislativo, o Judiciário, por intermédio da corrente denominada neoconstitucionalismo e o decorrente ativismo social a implementar políticas públicas por meio de decisões judiciais, também passa-nos a impressão de que também vem a interferir nas atividades afetas ao Executivo.

O ora mencionado vem justo ao encontro do sustentado pelo Professor Doutor Antônio Manuel Hespanha no texto, “Terão os juízes voltado ao centro do Direito?”, que retrata o crescimento da atuação do Judiciário ante o aparente enfraquecimento do poder do legislador.

13.7 Terão os juízes voltado ao centro do Direito?

Com o texto, o Professor Doutor Antônio Manuel Hespanha objetiva explicar a força que a jurisprudência vem ganhando nos tempos atuais, fazendo que o Direito Aplicado se assemelhe a um direito de precedentes.

³⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

³⁴⁷ Artigo primeiro da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça – É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2015.

Esse direito de precedentes decorre exatamente da expressão ou posição de Estado Democrático de Direito, em que o direito é o fundamento de legitimidade do Estado. Assim, os atores que aplicam o direito, principalmente o juiz, surgem como interlocutores de forma a torná-lo mais equilibrado a combiná-lo com a democracia.

Buscou o autor fundamentar o descrédito da legislação em virtude dos regimes autoritários, uma vez que estes “não se davam muito bem com a lei”³⁴⁸, visto que o Direito e a justiça eram o que a vontade do líder ou do partido diziam o que era, sendo que a magistratura não enfrentou e não tinha como enfrentar o poder, de onde diz o autor que o autoritarismo não decorria da lei, mas, sim, da política e da vontade de um pequeno grupo, dando ensejo, assim, a um forte movimento anti-legalista no pós-guerra.

Para o autor, a postura tomada pelos tribunais hoje em dia encontra outro fundamento, mais ligado às questões advindas do pluralismo da sociedade e globalização, que acarreta na queda do monopólio estatal de dizer o direito, já que sequer consegue acompanhar as novas necessidades que surgem no dia a dia, conferindo, assim, à jurisprudência o papel de fonte do direito.

Aponta o autor ainda uma série de consequências, algumas indesejáveis, de modo a demonstrar a necessidade de repensar o Direito e a dogmática jurídica. O Direito aponta a necessidade de que o “critério de hierarquização das normas tem que ser outro: o da regulação conforme às expectativas mais generalizáveis, às soluções mais consensuais e estabilizadoras”³⁴⁹, a demandar novos conhecimentos e aptidões.

De toda sorte, para além de questões sobre o dirigismo constitucional em que nas constituições estaria a vontade dos cidadãos, vontade esta que sabidamente pode ser manipulada por alianças políticas, a Constituição não deixa de ser o instrumento mais democrático, estabilizador e representativo da vontade coletiva.

Logo, apesar das modernas técnicas de interpretação constitucional a possibilitar que dois juízes digam coisas opostas sobre o mesmo fato ou questão, a nos trazer insegurança e instabilidade, o autor conclui que a solução do conflito normativo político de se orientar pela solução mais consensual e estabilizadora, sendo que o:

³⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. Terão os juízes voltado ao centro do direito, **Revista Julgar**, especial, Coimbra Editora, 2009.

³⁴⁹ Idem, p. 20.

“princípio democrático, consagrado na lei e na Constituição pelos representantes da comunidade exprime mais provavelmente um consenso mais geral e estabilizador do que aquele que se pode obter a partir da soma de decisões particulares e diversamente contextualizadas. Até por que o valor democracia – estreitamente ligado ao valor legalidade – aponta para consensos menos saturados de opções ideológicas (*thinner*) do que as decisões de uma pessoa ou pequeno grupo com uma certa homogeneidade social e vivencial, embebida nas suas próprias convicções, nas suas visões do mundo, na particular esfera de comunicação em que se insere, todas elas mais carregadas (*thicker*) de valorações e, por isso, menos consensualizáveis. Ou seja, perante dilemas normativos controversos é mais plausivelmente consensual e estabilizador manter aquelas posições que resultam de consensos comunitários formalizados, como as leis e a Constituição”³⁵⁰.

14 OS PODERES DO JUIZ E OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL

Vicente de Miranda divide as teorias sobre os poderes do juiz no processo em duas correntes principais: o legalismo e o judicialismo.

Para o autor, legalismo seria a tendência científica e normativa que limita os poderes do juiz, restringindo sua discricionariedade, regrido minuciosamente a atividade do juiz, sendo dada ênfase ao princípio do dispositivo. E judicialismo seria a tendência de aumentar a liberdade do juiz, dando-lhe grande margem de discricionariedade e situando o juiz como protagonista do processo, retirando a força do princípio do dispositivo.

O autor continua mencionando que o grau mais alto do legalismo colocaria o juiz em uma posição de mero expectador, em que as partes teriam liberdade plena para atuar no desenvolver do processo, não podendo o juiz intervir de qualquer forma e sua atividade seria assistir ao desenrolar do processo e, ao fim, julgar. Já o mais alto grau do judicialismo se assemelharia à figura de um juiz ditador, dono do processo, e as partes como súditos processuais se submeteriam à vontade do julgador: “Esse Führer do processo desprezaria a livre disposição das partes e atuaria inquisitivamente, podendo decidir o que as partes não

³⁵⁰ Idem, p. 254.

pediram, instaurando processos sem a vontade e iniciativa dos jurisdicionados”³⁵¹.

Conclui o autor que a ciência e a legislação oscilam entre esses dois extremos, combinando conceitos e ideias, sendo que o ideal seria encontrar um meio termo para que o juiz não figure como mero espectador nem como ditador, devendo ser recolhido o melhor de cada sistema para a formação de um cenário ideal.

Princípios limitadores da atividade jurisdicional, princípio do dispositivo, do inquisitivo e da conveniência

O princípio do dispositivo, que possui raízes no Direito Romano, é uma decorrência processual dos poderes inerentes à propriedade privada, ou seja, do direito de propriedade, em que o titular do Direito pode transacionar seu direito material sem que haja uma interferência judicial.

O somatório deste princípio de direito processual com o do princípio do inquisitivo (que veda a atuação do juiz de ofício e o impede, como regra, de instaurar demandas e conhecer fatos não sustentados pelas partes) e com o princípio da oportunidade (este ligado à faculdade da parte interessada ingressar com a ação judicial no momento que lhe convier³⁵²) é que justamente limitará a atividade judicial para que o juiz não proceda de ofício fora dos casos permitidos, não produza provas e julgue somente o que foi submetido à sua apreciação.

Na busca do equilíbrio entre o judicialismo e o legalismo, devemos estabelecer alguns parâmetros de atuação, sendo que a melhor interpretação e aplicação dos princípios em questão, de forma ideal, se situaria na exata medida da proporcionalidade entre as duas correntes doutrinárias, de modo a compatibilizar a atividade judicial à igualdade processual das partes e à busca do resultado justo, conforme aponta a doutrina brasileira atual.

A aplicação do princípio do dispositivo de forma isolada se restringe apenas à limitação do juiz no tocante ao ato de disposição das partes de transação, renúncia e reconhecimento do pedido, em que o juiz somente velaria pela ordem formal do processo, conforme sustenta Sidnei Amendoeira Jr.³⁵³ Lembramos aqui a possibilidade de ser proferida sentença obstativa nos moldes do preceituado no artigo 145 do Código de Processo Civil

³⁵¹ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p.56.

³⁵² Cf. LEITÃO, Helder Martins. **Dos princípios básicos em processo civil**, 2ª edição, Editora Almeida e Azeitão Ltda., Porto, 1998, p.24.

³⁵³ AMENDOEIRA Jr., Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 73.

brasileiro³⁵⁴.

Não poderíamos deixar de mencionar aqui o princípio da correlação, que é o que limita, via de regra³⁵⁵, a atividade judicial aos pedidos efetuados pelas partes, devendo o juiz se ater ao pedido efetuado na hora de proferir a sentença.

Acreditamos que estes princípios servem como barreiras que impedem a atuação do juiz para além dos limites de sua atividade, de forma a resguardar sua importante equidistância e possibilitar um julgamento isento e comprometido com a igualdade processual, já que, além de poder se assemelhar à figura de um ditador, a não observância desses princípios pode acarretar que a figura do julgador venha a se confundir com a de parte; fato pouco desejável pela melhor interpretação da sistemática processual.

Ativismo judicial

A noção ou a própria delimitação do ativismo judicial deve ser técnica. Entendemos que não basta mencionarmos que cada juiz, como indivíduo, tem os seus próprios valores éticos e pessoais e concepções acerca da vida e de sua atividade, e que este conjunto influirá, invariavelmente, em suas decisões.

Costumeiramente, é mencionado que o indivíduo que irá exercer esta função deva estar extremamente preparado, de forma, para além das questões jurídicas que lhe são submetidas, a que suas posições pessoais não venham a influenciar no julgamento a ponto de ser proferida uma decisão injusta e sem qualquer amparo na legalidade.

Assim, ao admitirmos o ativismo judicial, este somente se justificará, e poderá se revestir de validade, na busca da efetividade das normas constitucionais e na aplicação do direito justo, de forma a proteger os bens jurídicos constitucionalmente tutelados sem, no entanto, comprometer a ordem estatal com decisões contrárias à Constituição e à jurisprudência e, por tal motivo, imprevisíveis.

Podemos assim caracterizar o ativismo judicial como uma postura, cada vez mais

³⁵⁴ Artigo 145 CPC – Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

³⁵⁵ Há exceções a todos os princípios, pois há a possibilidade de o juiz aplicar sanções de ofício com a nova orientação processual, produzir provas, etc.

presente do juiz, como forma de promover um processo célere, eficaz e justo, mas sempre dentro da legitimidade e legalidade, o que nos traz novamente à moldura do Direito, que em conformidade com a legislação ou jurisprudência pode ser alargada ou diminuída. A nosso ver, o ativismo não é uma questão nova e que ainda não foi debatida, pois, como já vimos, Radbruch sustentava as bases do ativismo judicial no início do século XX.

No Brasil, nos tempos atuais o ativismo ganha maiores contornos de evidência com a doutrina neoconstitucionalista e com a redação do Novo Código de Processo Civil, que confere um poder mais amplo aos juízes.

O neoconstitucionalismo, a colocar o processo como instrumento de defesa dos direitos fundamentais, vem causando uma verdadeira revolução a qual podemos exemplificar com a, não muito recente, implementação de políticas públicas pelo judiciário.

15 O JUIZ E A PROVA – BREVE NOÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO DA PROVA

Em todo litígio judicial, há alegação de fatos pelas partes como forma de sustentar suas pretensões jurídicas, fatos estes que devem ser provados com o fim de formar a verdade processual. Neste sentido, a prova é destinada ao processo com a finalidade de formar o convencimento do julgador.

Com relação à prova, há muitas questões como validade de provas ilegítimas, etc. No presente estudo, pretendemos fazer uma pequena abordagem sobre a atividade judicial de instrução do processo, uma vez que foge ao foco do presente a análise mais completa sobre as provas e sua produção.

15.1 Breve notícia do sistema probatório ao longo da História

O modo como se tenta estabelecer a verdade de uma alegação evoluiu no decorrer da História. Como sustenta John Gilissen, em outras ciências também há modalidades de provas, como na matemática e na lógica, em que são estabelecidos raciocínios de premissas para construir um axioma ou proposições já provadas, aquelas ligadas a dados abstratos.

Já a prova experimental, que está ligada às ciências naturais, “resulta de um grande número de experiências, tendentes a provar a exactidão ou, pelo menos, a verosimilhança de

uma lei natural; o exemplo clássico é o da lei da gravidade”³⁵⁶. Uma observação que se faz é que, em geral, na prova judiciária não há como se repetir a experiência.

A prova histórica, ligada a fatos históricos que reconstituem o passado, possui uma ligação com a prova judiciária, já que em ambos os casos pretende-se provar algo que aconteceu no passado. E, por fim, a prova judiciária, que é a destinada a formar a convicção do processo³⁵⁷.

O sistema de produção de provas ao longo da História pode ser dividido em etapas: a primitiva, na qual cada tribo possuía suas regras; e a religiosa, conhecida como o período das ordálias, quando eram estabelecidas metas ou tarefas e acreditava-se que se elas fossem desempenhadas era devido a uma ajuda divina, de modo que a concretização da tarefa era utilizada como prova.

A ordália, ou ordálios, é classificada como uma prova irracional em que se recorria ao ente superior para a produção da prova, figurando o juiz como mero expectador do resultado.

Os ordálios podiam ser provas físicas, como segurar o ferro ardente sem se queimar ou ser mergulhado na água fria de mãos e pés atados, para as quais Deus daria força para o inocente aguentar as tarefas a que era submetido. Os ordálios podiam ser bilaterais, como nos exemplos de Gilissen, quando duas pessoas deviam ficar com os braços estendidos, sendo que o primeiro a baixar os braços perdia a questão, ou mesmo por meio de um duelo.

Houve a fase da tarificação legal, em que cada prova possuía um valor previamente definido; após, na época sentimental, em contraposição à tarificação legal, era a da apreciação da prova de acordo com os sentimentos do juiz; e, por fim, a científica, em que a valoração da prova passou a decorrer de conhecimentos técnicos e sua valoração passou a se dar de acordo com o conhecimento da matéria³⁵⁸.

15.2 A produção da prova

O Código de Processo Civil em vigor quando da redação deste estudo, Lei nº 5.869,

³⁵⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 712.

³⁵⁷ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, p. 712.

³⁵⁸ Cf. BÜTTENBENDER, Carlos Frederico. **Direito probatório, preclusão & efetividade processual**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 71.

dispunha sobre as provas no capítulo VI, nos artigos 332 e seguintes. No novo Código, Lei nº13.105/2015, que entrou em vigor no dia 17 de março de 2016, as provas estão disciplinadas no capítulo XII do título I, livro I da parte especial, especificamente nos artigos 369 e seguintes.

Com o novo código, o protagonismo judicial, que já vinha sendo ampliado pela jurisprudência, foi incrementado pelo novel artigo 370, que prevê a possibilidade da determinação de produção de prova por parte do juiz, bem como pelo disposto do parágrafo primeiro do artigo 373. Esta última disposição é inteiramente nova, já a o artigo 370 encontrava semelhança com disposição do artigo 130 do código anterior.

O juiz, que anteriormente somente poderia produzir prova em caso de indisponibilidade do direito, hipossuficiência da parte ou perplexidade, agora deve determinar a produção das provas necessárias para o julgamento da questão que lhe fora submetida.

Apesar de no Código de Processo atual haver disposição à disposição do artigo 130 e esta se assemelhar à disposição do artigo 370 do novo Código, há algumas peculiaridades que merecem ser observadas. Assim, chamamos atenção não só para a localização topográfica do artigo, mas também para a alteração no sistema probatório, bem como a influência exercida pelas correntes de interpretação que prestigiam o ativismo judicial e a ampliação dos poderes do juiz.

Entendemos que caberá à doutrina e à jurisprudência, diante dos princípios norteadores do processo, estabelecer o círculo ou a moldura dentro da qual será admitida a produção de prova pelo juiz, já que tudo indica que o exercício desta prerrogativa deva ser utilizado com parcimônia, pois, a bem da verdade, mostra-se conveniente não confundir a figura do julgador com a de parte.

A prova e o ônus da sua produção

O parágrafo primeiro do artigo 373 do NCPC traz uma novidade concernente à distribuição do ônus da prova. Pelo novo artigo, o juiz, nos casos previstos e diante das particularidades da causa, poderá modificar o ônus da prova. O próprio artigo traz as ressalvas de que deverá ser concedida oportunidade para que a parte possa produzir a prova, bem como que esta seja possível de se produzir.

Como bem observa Suzana Santi Cremasco, a palavra ônus não tem o mesmo significado do que obrigação. No caso de não cumprimento de uma obrigação, o seu cumprimento pode ser forçado. Já se a parte não se desincumbe de seu ônus, seja por qual motivo for, até por conveniência, não poderá “a parte contrária, o juiz ou quem quer que seja impor que ele o faça, seja por que razão for.”³⁵⁹.

É certo que a produção da prova não significa que o pleito será julgado em favor de quem a produziu. A prova pode exatamente apontar para o sentido contrário ao da pretensão³⁶⁰. É importante observar que aqui não estamos tratando do dever de lealdade e cooperação processual ou ética profissional. Por isso que em causas nas quais há a inversão do ônus, é de bom alvitre que a parte que necessita da prova também se esforce no sentido de formar o convencimento processual.

Ônus da prova subjetivo

Como ônus subjetivo, temos a ciência pela parte da necessidade de provar determinados fatos com a finalidade de sustentar sua pretensão, instruindo o processo e convencendo o julgador, bem como a ciência das consequências que podem advir pelo não cumprimento do ônus.

Ônus da prova objetivo

Como ônus objetivo, temos as consequências do não atendimento do encargo da produção da prova pela parte, em conformidade com a regra estabelecida de produção da prova. Caso a parte que tenha o ônus da produção da prova substancial para o esclarecimento dos fatos não se desincumba dele, certamente o julgamento será contrário à sua pretensão.

O ônus subjetivo “indica ao juiz como deve decidir na falta de convencimento sobre os fatos, ou seja, contra quem deve considerar a falta ou a insuficiência de prova, quaisquer que sejam o litígio e o processo”³⁶¹, já que não é conferida ao juiz a possibilidade de não decidir.

Como bem observado por Suzana Santi Cremasco, “o ônus objetivo não é um meio de prova ou um método de valoração da prova, mas um critério subsidiário e prévio que se põe à

³⁵⁹ CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009, p. 25.

³⁶⁰ Idem, 2009, p. 26.

³⁶¹ Apud, CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009, p. 28. ECHANDIA, Hernando Devis, **Teoría General de La Prueba Judicial**, 5ª edição, Bogotá, Temis, 2002.

disposição do julgador, a fim de que ele possa decidir”³⁶². A autora observa ainda que se trata de um critério válido que evita surpresas para as partes e o arbítrio do julgador, já que a divisão dos ônus e suas consequências estarão estabelecidas no desenvolvimento do processo.

A teoria da carga dinâmica

A inovação trazida ao processo civil brasileiro consubstanciada na possibilidade do juiz modificar o ônus probatório, de acordo com o caso que lhe será submetido e com a possibilidade de cada parte produzir a prova, vem ao encontro do anseio da realização de um processo com soluções justas e com enfoque de aproximar ao máximo a verdade processual da verdade dos fatos, afastando, no caso, a regra geral de que ao autor restaria o ônus de provar os fatos constitutivos do Direito e ao réu, os impeditivos, modificativos ou extintivos.

Cabe ressaltar que a nova previsão não está abolindo do código a teoria clássica ou estática dos ônus probatórios que estabelece a regra geral. Neste sentido, Suzana Santo Cremasco coloca: “A nova teoria não subverte nem elimina a técnica tradicional de repartição dos encargos probatórios, mas representa um *plus* para acrescer e aprimorar o sistema clássico de distribuição”³⁶³.

³⁶² CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009, p. 32.

³⁶³ Idem, p. 73.

CAPÍTULO IV

A APLICAÇÃO

16 ANÁLISE DE QUESTÕES NA ÁREA INFANTOJUVENIL EM CONFORMIDADE COM O SUSTENTADO

Na área infantojuvenil, enfrentamos grandes obstáculos para a implementação e o respeito dos direitos fundamentais, sendo que o estudo limitar-se-á a questões técnicas, ciente de que estamos em uma área rodeada por posições cristalizadas à luz de uma normatividade não atualizada e conceitos estabelecidos nos mesmos moldes, nos mais diversos segmentos disciplinares envolvidos na resolução dos casos em concreto. Isto se deve a motivos ligados à política e estrutura das instituições e fogem ao objeto deste estudo e matéria.

Sob o nosso ponto de vista, neste ambiente o desrespeito e o desconhecimento da lei e das garantias imperam. Assim, o estudo desenvolvido se pauta pela observação da norma objetiva na busca de sua “posição jurídica de vantagem”, tudo com a finalidade de contribuir para que a aplicação dos direitos fundamentais na área infantojuvenil seja uma realidade.

Somam-se a estes fatos, na área infracional, casos midiáticos e o grave problema da segurança pública enfrentado pela sociedade brasileira, em que esta acaba por imputar aos jovens infratores parte da culpa pela falta de segurança e pelo desconforto por ela experimentado.

Diante destas questões, o debate acerca da redução da maioridade penal se encontra sempre em pauta no Poder Legislativo, exatamente pelo fato de a sociedade, que é mal informada e, na maioria das vezes, conduzida pela mídia, confundir inimizabilidade penal com impunidade apesar de haver no Brasil responsabilização infracional, que se estende dos 12 aos 18 anos de idade, e esta estar em consonância com o recomendado pelas Nações Unidas diante do disposto no artigo primeiro da Convenção dos Direitos da Criança.

Dito isto, neste ponto do estudo pretendemos enfrentar algumas questões que, em nossa visão, passam quase que despercebidas na aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos direitos fundamentais infantojuvenis, como a proteção do vínculo familiar do deficiente, a ausência da possibilidade de responsabilização infracional em decorrência de

doença, o direito de não produzir provas contra si no processo infracional, o direito à assistência jurídica no decorrer do processo administrativo e judicial, o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição e o direito ao confronto, entre muitos dos demais direitos consagrados e desrespeitados.

Aqui faremos uma apresentação geral de alguns dos muitos direitos que temos como violados e apresentaremos, no que chamaremos de casos práticos, alguma referência à experiência prática que por limitações alheias à nossa vontade não abrangerão a totalidade dos direitos aqui mencionados.

Em um primeiro momento, demonstraremos, na linha do aqui sustentado, a posição jurídica de vantagem ao vínculo familiar conferida aos portadores de deficiência e apresentaremos a convenção internacional e a norma em questão, perpassando questões que entendemos como relevantes para a demonstração do nosso ponto de vista e uma das possíveis formas de aplicação prática do sustentado nos capítulos anteriores.

Em seguida, com uma nova abordagem, apresentaremos a nossa experiência prática na área infracional.

17 A PROTEÇÃO AO VÍNCULO FAMILIAR DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

O problema aqui enfrentado é o da destituição do poder familiar com fundamento na deficiência de uma pessoa, pois não foram raros os casos práticos enfrentados em nossa experiência profissional. A título de ilustração, podemos mencionar as decisões proferidas nos acórdãos de nº 0000857-82.2005.8.19.0061³⁶⁴ e 0040300-41.2007.8.19.0038³⁶⁵.

Como vimos, os Direitos Humanos como limitação do poder Estatal são fruto de um longo processo de conscientização filosófica e jurídica da posição central da pessoa humana

³⁶⁴ APELAÇÃO CÍVEL. Ação de adoção c/c destituição do poder familiar. Histórico familiar de risco, mãe com deficiência mental e suspeita de abuso sexual. Inexistência de condições mínimas para o desenvolvimento saudável do menor aos cuidados de sua genitora. Perfeita integração do menor na família substituta. Sentença que julgou procedente pedido autoral. Recurso desprovido. Sentença mantida.

³⁶⁵ Apelação Cível. Direito do Menor. Pedido de adoção cumulado com pleito de destituição do poder familiar. Hipótese em que todos os elementos coligidos sinalizam para o reconhecimento de que os pais do menor, em precárias condições de sanidade mental, não são capazes de exercer o *mínus* do poder familiar. Menor que há quatro anos desfruta dos cuidados dispensados pelos tios, ora autores. Desprovidimento do recurso.

quando tratamos de limitações do poder do Estado³⁶⁶.

A questão da deficiência, seja ela qual for, hoje encontra no nível interno do Brasil proteção com status constitucional, de modo a possibilitar e estabelecer a igualdade entre os seres humanos ou mesmo como forma de diminuir a desigualdade existente, sendo reforçada pela legislação a necessidade de todo indivíduo ser encarado como um fim em si mesmo e como fim e fundamento da sociedade e do Estado³⁶⁷. “Em termos muito perfunctórios, a conexão entre dignidade da pessoa humana e a legislação estadual prende-se com a aceitação de que é o Estado que existe para o homem e que se deve moldar a ele, e não o oposto.”³⁶⁸

Não podemos deixar de mencionar que a proteção dos direitos dos deficientes é uma das facetas da proteção da dignidade humana como uma obrigação não só do Estado, mas de toda a coletividade.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência data de 13 de dezembro de 2006, foi aprovada como resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 61/106, assinada pelo Brasil no dia 30 de março de 2007 e ingressou no sistema normativo brasileiro, com força de norma constitucional, no dia 25 de agosto de 2009 por meio do Decreto 6.949.

A Convenção tem como objetivo, em conformidade com o seu primeiro artigo, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Por força da abertura do sistema, prevista no disposto no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, sua aplicabilidade é inquestionável.

A Convenção em seu primeiro artigo reconhece que deficiência é um conceito em

³⁶⁶ Cf. CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 79.

³⁶⁷ Cf. MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: introdução geral, apontamentos das aulas**, Lisboa, 1999, p.104.

³⁶⁸ Catarina Santos se referindo a Francisco Fernandez Segado *in* BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**, Coimbra, Almedina, 2010, p. 92.

evolução e resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação destas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Embora a norma possa ser adotada como conceito, posição sustentada por Sidney Madruga³⁶⁹, há manifestações de que tal norma não conceitue deficiência de forma satisfatória, como, por exemplo, Ana Fernanda Neves menciona: “Não existe uma definição normativa da deficiência no Direito da União Europeia. A ausência desta pode prejudicar a proteção que assegura quanto à discriminação fundada na deficiência. A delimitação subjetiva deve ser suficientemente ampla para permitir identificar situações de discriminação e o controlo da igualdade de tratamento a este título.”³⁷⁰

A problemática conceitual ora levantada não é de todo importante para este estudo, devendo ser deixada compreensão exata do que é deficiência para ser apreciada, no caso em concreto, que pode variar no momento de sua aplicação. De toda sorte, para fins gerais, podemos adotar deficiência como um mal que acomete um indivíduo, causando-lhe uma situação de desvantagem, a causar necessidade de tratamento diferenciado, de forma a superá-la ou diminuir a desigualdade.

A deficiência pode ser física, mental, intelectual ou qualquer outra aflição que atinja o indivíduo e cause-lhe desvantagem, seja no ambiente social, laboral ou familiar.

A expressão “deficiência” foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a partir da Convenção e é, segundo Sidney Madruga³⁷¹, uma nomenclatura desprovida de preconceitos, que veio a substituir expressões como “pessoa deficiente”, “excepcional”, “pessoa portadora de deficiência”, “especiais”, “pessoas com necessidades especiais”, entre outras, que contêm imprecisão terminológica ou indicam discriminação.

O diploma em questão é o primeiro e, por enquanto, o único tratado ou convenção internacional aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro com força de emenda à Constituição Federal em conformidade com o parágrafo 3º do Art. 5º da Carta Constitucional

³⁶⁹ MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 33.

³⁷⁰ NEVES, ANA FERNANDA. Direitos das Pessoas Com Deficiência no Direito da União Europeia, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LI, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, Portugal, 2011, mencionando Richard Whittle, “The Framework Directive...”, cit. p. 321 a 324.

³⁷¹ Cf. MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 31-38.

brasileira.

Os princípios gerais da Convenção estão previstos no artigo 3º da Convenção e são: a não discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher; e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Em Portugal, a Convenção ingressou no sistema normativo constitucional em conformidade com o disposto no item 1 do artigo 16 da Constituição Portuguesa, “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. (Portugal decreto nº 71 de 31 de março de 2009, 2014).

A proteção dos laços familiares da pessoa com deficiência como norma constitucional

Conforme mencionado, o texto constitucional brasileiro, após o advento do decreto 6.949/09, passou a vedar qualquer tipo de discriminação às pessoas portadoras de deficiência e a não permitir a separação dos entes familiares por motivo de deficiência diante das normas contidas nos seguintes enunciados normativos: artigo 4º caput, item 1 alínea B; item 4 do artigo 12; e itens 1 a 5 do artigo 23, de cujos enunciados normativos vislumbra-se a proteção conferida para a manutenção da família dos portadores de deficiência.

Evolução do conceito de família

Passemos por uma breve análise do conceito de família, por entender ser cabível a sua contextualização, em vista da constante evolução do significado, mostrando-se necessário entender conceito de família atual, com o fim de verificarmos o alcance de sua proteção.

Para o início da compreensão do conceito da instituição família, temos o enunciado normativo do parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição Federal, *in verbis*: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer os pais e seus descendentes”, que deve ser entendido em conjunto com a definição do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preceitua em seu artigo 25, *in verbis*: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” e, com o preâmbulo da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, que preceitua “a família, como

grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade”.

Todas estas disposições permitem-nos perceber que a noção de família tem uma aceção ampla e um sentido de proteção entre e de todos os seus integrantes.

O conceito de família vem se transformando, juntamente com seu significado. Hoje, a palavra e a instituição possuem sentido estendido a englobar todos os tipos concebíveis de família, seja ela monoparental, homoafetiva, substituta, etc. E é esta a aceção jurídica que deve ser adotada, a utilizar o tipo de família mencionado na constituição brasileira meramente como exemplo.

Correlação entre a deficiência e a falta de recursos materiais

Com o fim de conferir melhor abrangência às questões envolvendo a proteção constitucional, faz-se necessária a menção dos dados a seguir, que associam deficiência à falta de recursos materiais, com o fim de analisar a norma não só isoladamente, mas, em vista da costumeira ligação umbilical das situações fáticas, também em conjunto com a disposição do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preceitua: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

Cerca de 10% da população mundial, aproximadamente 650 milhões de pessoas, vivem com um tipo de deficiência.

Ao pesquisar em sites da internet, é possível verificar que na América latina vivem 50 milhões de pessoas com deficiência e, destas, 70% encontram-se desempregadas, sendo que 82% deste grupo vive abaixo da linha da miséria.

Além do estabelecimento de um elo fático entre deficiência e exclusão social, menciona-se que essas pessoas estão submetidas a situações de indignidade que comumente são confundidas com falta de responsabilidade e, por tal motivo, são penalizadas.

Os dados aqui lançados não encaminham as argumentações para questões metajurídicas. Visam, tão somente, diante da grande elasticidade de alguns preceitos objeto

deste estudo, diminuir a possibilidade de arbítrio e evitar indesejada roupagem jurídica à decisões judiciais, que acabam por descumprir normas constitucionais e acordos internacionais, a possivelmente colocar o Brasil em delicada posição no âmbito internacional, ante ao inadimplemento das obrigações assumidas.

Em Portugal, há a disposição do artigo 1978 do Código Civil, em aparente colidência³⁷² com a proteção conferida, que prevê hipótese de destituição mesmo que a ação ou omissão decorra de manifesta incapacidade devida à doença mental.

Com relação ao Brasil, não há previsão de destituição para o caso de doença, já que as hipóteses legais de destituição estão previstas no artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro³⁷³, e são elencadas em *numerus clausus*, por se tratarem de normas restritivas de direitos e, por tal motivo, em conformidade com a boa técnica de interpretação, deverem ser interpretadas de forma restritiva. No entanto, como já demonstrado, não é difícil nos deparar com decisões dos tribunais brasileiros com posicionamento diverso.

Análise da norma em conformidade com a sequência do estudo

Diante do já apresentado, para o nosso entendimento, não é uma tarefa impossível enquadrar a questão da proteção ao vínculo do portador de deficiência aos novos direitos fundamentais, de forma a impor obrigações positivas do Estado como forma de proteger o vínculo familiar, já que, como o outrora mencionado, os direitos fundamentais sociais surgiram para diminuir a desigualdade entre as pessoas.

Cabe salientar que a proteção, de status constitucional, é direcionada à família e o enunciado normativo da regra é claro no sentido de proibir a separação dos entes com fundamento na doença, estabelecendo uma situação jurídica de vantagem para o portador e sua família. É certo que, no entanto, por não haver qualquer direito absoluto, a regra em questão é derrotável, ou seja, como mencionado no título derrotabilidade das normas de

³⁷² ARTIGO 1978.º do Código Civil Português, Confiança com vista a futura adopção: 1 — Com vista a futura adopção, o tribunal pode confiar o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, pela verificação objectiva de qualquer das seguintes situações: ...*omissis*...

d) Se os pais, por acção ou omissão, **mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental**, puserem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do menor; (grifo nosso)

³⁷³ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

direito fundamental, ela é passível de exceções que não podem ser identificadas previamente, e, por conseguinte, diante da complexidade da sociedade atual, podemos vir a nos deparar com situações que podem ser consideradas como um “caso difícil” em que as normas de direitos fundamentais apontam para soluções ou resultados diversos e conflitantes.

De toda forma, não devemos deixar de ficar atentos a que o núcleo essencial do Direito não deve ser afetado, bem como que em busca da concordância prática, ante espaço de discricionariedade deixado pelo legislador, além de ser possível a aplicação de instrumentos, ou institutos que compatibilizem os direitos em conflito, como o deferimento de guarda aos requerentes, em vez de adoção com a consequente destituição do poder familiar das pessoas deficientes.

Se porventura nos deparamos com uma situação como esta, na qual por meio da interpretação ou dos critérios de solução dos conflitos, cronológico, especialidade e hierárquico não nos seja possível alcançar um resultado, teremos de nos socorrer da técnica da ponderação.

No caso, a ponderação efetuada pelo aplicador da lei será uma ponderação concreta, em que observar-se-ão os limites iminentes das regras, ou seja, através da lógica constatar-se-á se a conduta ou a situação constitui um verdadeiro abuso do direito. Caso seja, e a questão se enquadre na figura do abuso, não haverá espaço para a ponderação.

De outro lado, sempre deverá ser observado o núcleo essencial do Direito, também através da lógica, e devemos, nos casos em concreto, buscar o âmbito do núcleo essencial do direito consagrado, de modo a preservá-lo.

Vale lembrar que a técnica da ponderação não é apenas uma opção, mas sim uma atividade pautada por profundas reflexão, fundamentação e motivação, e que devem sempre ser observados os requisitos da adequação, necessidade e da proporcionalidade ou equilíbrio.

Assim, somente para deixarmos registrado diante do apresentado no primeiro capítulo, podemos afirmar ser a norma em questão uma norma de direito fundamental, por possuir status constitucional; e ser primária, por impor um dever ao Estado e atribuir uma situação de vantagem ao portador de deficiência.

Por conseguinte, necessitamos verificar o conteúdo da norma. Relembramos que

estamos somente fazendo um apanhado da sequência do estudo e demonstrando, por meio do dispositivo legal, sua aplicação prática.

Enunciado normativo e norma

Aqui se faz, para fins de análise da estrutura da norma, uma breve diferenciação de norma e enunciado normativo, em que podemos, de uma maneira geral, dizer que enunciado normativo, como regra, é a expressão textual da lei, ou leis/dispositivos, sobre os quais haverá o trabalho de interpretação. Isto levando em consideração que, na maioria das vezes, as normas são escritas e, no vernáculo, em conformidade com o artigo 13 da Constituição brasileira³⁷⁴, sendo certo que tal classificação não é completa por não abranger qualquer outra forma pela qual a norma possa ser expressa, como as luzes de um semáforo exemplificado por Alexy³⁷⁵.

Vale ainda aqui mencionar que nem sempre teremos somente uma norma prevista em um artigo de lei ou dispositivo legal e que em vários artigos, ou disposições legais, podemos, de forma oposta, ter a previsão de uma só norma.

Do resultado do trabalho de interpretação sobre o texto, teremos a norma, ou seja, a transformação do enunciado normativo, ou sua tradução em norma, sendo esta a representação do acontecimento esperado pelo texto.

Análise da estrutura da norma em exame

Com a noção dos elementos formadores de uma norma mencionados neste estudo, podemos analisar a estrutura do enunciado normativo escrito na parte final do item nº 4 do artigo 23 da Convenção *in verbis*: “Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais”.

Nesta norma, temos como previsão a conduta de separar pais dos filhos por motivo de deficiência, ou seja, o acontecimento previsto pela norma.

Temos como operador deôntico a proibição dirigida ao sujeito direto da estatuição, visto que a conduta não pode ser realizada. E estatuição é separar pais dos filhos pelo motivo.

³⁷⁴ Art. 13 Constituição Brasileira – A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54.

Como sujeito direto da estatuição encontra-se o Estado, ou qualquer outra pessoa, que são proibidos de separar pais e filhos, e, como sujeitos indiretos da estatuição, qualquer integrante do núcleo familiar, que se encontre em situação de vantagem, quando algum membro é acometido por deficiência, a qual não pode ser justificativa para a separação da família.

Fica ainda a ressalva de que a norma em questão foi observada com relação a um possível conflito em que o Estado figure como sujeito da estatuição direto. Caso a norma seja analisada de uma forma mais ampla, o sujeito da estatuição direto seria todos, no sentido de que qualquer pessoa, física ou jurídica, não pode separar os entes por motivo de doença.

Assim, em conformidade com aqui já exposto, vislumbramos que a norma em questão é uma norma de direito fundamental, a qual também pode se enquadrar como um novo direito fundamental que possui nível constitucional diante da cláusula de abertura do sistema, sendo que é uma regra primária e derrotável, já que em determinadas circunstâncias ela pode ser afastada.

Para haver o não cumprimento da norma no caso concreto, há que, primeiramente, ser interpretado o enunciado normativo e, na hipótese de existência de conflito, que se buscar nos critérios de solução dos conflitos uma solução. Caso através destes critérios não nos seja possível alcançar um resultado, e não se trate de caso de extrapolação dos limites imanescentes do Direito, poderemos nos socorrer da ponderação como técnica de resolução dos conflitos, em que devemos sempre observar e preservar o núcleo essencial da norma.

Como a norma faz parte do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o seu desrespeito, se ocorrer em Portugal, pode ser, em conformidade com o terceiro protocolo facultativo à Convenção dos Direitos da Criança, comunicado de forma individual pela própria vítima. O Brasil ainda não ratificou o protocolo, de modo que se a ofensa ocorrer no Brasil o ofendido deverá, por intermédio do comitê, buscar a inserção da violação em um dos seus relatórios.

O comitê é composto por peritos eleitos pelos Estados Partes que possuirão a incumbência de analisar os relatórios acerca do cumprimento das obrigações constantes da Convenção e estabelecer diretrizes e fazer sugestões e recomendações. O Comitê entregará à Assembleia Geral suas atividades e efetuará recomendações de caráter geral.

Vale aqui lembrar que o país inadimplente somente é instado a se esforçar para não repetir a conduta, reparar os danos e restabelecer a situação jurídica anterior, se possível, como já mencionado, ou, no caso da impossibilidade, reparar em dinheiro.

Ao fim, mencionamos a decisão do acórdão proferido na Apelação nº 0038280-34.2010.8.26.0602/2011 do TJSP³⁷⁶, que em nosso entender buscou a concordância prática dos direitos em conflito.

18 A RESPONSABILIZAÇÃO INFRACIONAL

A responsabilização infracional comumente é tratada somente sob o aspecto da idade, ou seja, no Brasil, as crianças com menos de 12 anos de idade não são responsabilizadas pelos seus atos perante a Justiça com o fim de, ao final, ser aplicada uma medida socioeducativa a elas.

Já os adolescentes com mais de 12 anos e menores de 18 são responsabilizados perante a Justiça da Infância e a prática pelos jovens de atos tipificados é passível de imposição de medidas socioeducativas, havendo, assim, a inimputabilidade irrestrita dos menores de 18 anos e a ausência de responsabilização para os menores de 12 anos de idade.

Para além desta evidente questão, acreditamos que há necessidade de fazermos um paralelo entre a responsabilização infracional e a imputabilidade do maior, ou seja, entender a responsabilidade infracional como se fosse uma espécie de imputabilidade infracional, com os mesmos requisitos da imputabilidade, de forma a podermos nos socorrer e utilizar dos conceitos imputabilidade para aplicá-lo, no que for compatível, com o sistema infracional. Este tema é pouco enfrentado e pouco debatido na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Então, o que poderíamos chamar, para fins de melhor compreensão do abordado, de imputabilidade infracional, na doutrina, recebe o nome de responsabilidade ou responsabilização infracional.

³⁷⁶ Destituição do poder familiar – Genitores que sofrem de doença mental – Guarda provisória de criança e suspensão do poder familiar requeridas pelos pais adotivos da genitora – Ação de destituição do poder familiar julgada procedente – Recurso pretendendo inversão do julgado – Inexistência de prova de qualquer conduta passível de destituição do poder familiar. Genitores sem condições de assumir a criação do filho – Pedido de tutela expresso na exordial que visa regularizar situação fática já existente, e que atende aos interesses superiores da criança – Possibilidade – Tutela que melhor atende aos superiores interesses do infante – Sentença parcialmente reformada para afastar o decreto de perda do poder familiar, declarando-se a incapacidade dos genitores para tal exercício, remanescendo hígida a tutela deferida.

Desta forma, sustentamos que há ausência de responsabilização infracional ou, como podemos chamar, que há inimputabilidade infracional em casos decorrentes de doença mental e da baixa idade do jovem.

Com efeito, “a imputabilidade traduz-se naquele conjunto de qualidades pessoais que são necessárias para ser possível a censura ao agente por ele não ter agido de outra maneira. Refere-se ao lado endógeno do crime, sendo necessário tomar em conta os seus efeitos na vida psíquica”³⁷⁷.

Com relação à baixa idade, esta soa-nos evidente, diante do teor do artigo segundo do ECA, que considera criança a pessoa até 12 anos, sendo que este artigo deve ser combinado com o disposto no artigo 105, também do ECA, que estabelece a aplicação de medidas protetivas à criança que “comete ato infracional”, não devendo, assim, ser formado sequer procedimento infracional para apurar a autoria e materialidade do ato.

Ao encarmos sob o prisma de que o conceito de imputabilidade está ligado somente à ideia de caráter criminal, como pressuposto de aplicação da pena, podemos estabelecer, então, que denominaremos como responsabilização infracional ou responsabilidade infracional, em vez de imputabilidade infracional, uma vez que soa-nos como um termo mais preciso.

Desta forma, a questão que necessita de um olhar um pouco mais crítico é a da ora sustentada irresponsabilidade ou inimputabilidade infracional do adolescente incapaz, pois entendemos, assim como no caso dos maiores de 18 anos, que, para serem sujeitos à pena, há necessidade de que o indivíduo seja imputável, ou seja, além de possuir mais de 18 anos, o indivíduo ainda deve ter a capacidade de entender que o ato praticado é crime.

A Ilma. Professora Doutora Silvia Alves, em sua obra sobre o Direito Penal setecentista, se referindo a Filangieri, diz que este “associa as pessoas incapazes de cometer um delito e de vontade – as crianças, os imbecis, os visionários, os frenéticos – ao conceito de delito, violação da lei, junta à vontade de a violar. A ação sem vontade não tem caráter criminal, assim como a vontade sem ação não expõe ninguém a pena”³⁷⁸, de modo que nos aparenta que desde o século XVIII a questão ora sustentada já era debatida.

³⁷⁷ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**, Coimbra, Editora Almedina, 2015, p. 331.

³⁷⁸ ALVES, Silvia. **Punir e humanizar: o direito penal setecentista**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 796.

Segundo continua sustentando a renomada autora, no Direito Penal setecentista a responsabilidade penal dos menores e dos dementes era afastada, mencionando que “o conceito de liberdade subjacente é manifestamente aristotélico e supõe vontade e conhecimento, uma vontade esclarecida. Nesta perspectiva, para haver crime é necessário que o agente tenha inteligência e vontade. O livre arbítrio – enquanto faculdade de escolha entre o bem e o mal – constitui a pedra angular da responsabilidade penal nas escolas clássicas”³⁷⁹.

Na atualidade, tal como no caso de maiores, entendemos que esses requisitos devem estar presentes para ser aplicável alguma medida socioeducativa aos menores de 18 anos, ou seja, mesmo que pareça repetitivo, para que seja aplicável uma medida ao adolescente, este tem de contar com mais de 12 anos de idade e possuir a capacidade mental de entender que a conduta por ele praticada é típica.

Sustentamos que este raciocínio, no caso do Brasil, se encontra em conformidade com a legislação, pois, além das regras do Código Penal serem aplicadas subsidiariamente nos processos infracionais, para nós, a melhor interpretação dos parágrafos primeiro e terceiro do artigo 112 do ECA, combinado com o disposto no inciso IV do artigo 46 do SINASE, Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, demonstra que há de se aplicar um tratamento diferenciado ao adolescente que não possui capacidade mental, sendo esta também a orientação da Convenção Internacional de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência.

Soma-se a este entendimento o fato de que o adolescente, ao completar a maioridade, não estará sujeito às sanções penais se ao tempo do crime era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta, nos termos do disposto no artigo 26 do Código Penal, não podendo, portanto, ter o jovem um tratamento mais drástico ou gravoso, com a interpretação e aplicação do ECA, do que se adulto fosse. Tal assertiva se encontra em conformidade com o item 54 das diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil, conhecida como as Regras, ou Diretrizes de Riad, que recomenda aos países membros que garantam, por meio de sua legislação, que “todo ato que não seja considerado delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem”³⁸⁰.

Para a questão da incapacidade superveniente, assim como no Código Penal, também

³⁷⁹ Idem, p. 796.

³⁸⁰ Item 54 das Diretrizes Riad - DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL

há previsão no SINASE, em seu artigo 64. Desta forma, no caso da incapacidade surgir no decorrer da execução da MSE, medida socioeducativa, deverá a execução da medida ser suspensa e haver o encaminhamento do adolescente para o tratamento da moléstia que o acomete.

Em Portugal, o tema da responsabilização do jovem é tratado de forma diversa, uma vez que o Código Penal português estabelece como idade mínima para a prática de crime a idade de 16 anos, sendo os menores de 16 anos inimputáveis. A legislação estabelece um regime diferenciado para o jovem com idade entre os 16 e 21 anos, conforme se depreende dos artigos 39, nº 3 107 e 108 do Código Penal português, sendo sustentado por Eduardo Correia que o Direito Penal de menores imputáveis é um Direito Penal especial³⁸¹, com características e regras especiais, em que o aplicador da lei deve estar atento a princípios como o da proporcionalidade para punição, bem como há especialidades na execução da pena do jovem com menos de 25 anos.

18.1 Requisitos para a aplicação de medida socioeducativa

Culpabilidade

Os elementos da culpabilidade, que são, nada mais nada menos, do que a censurabilidade da conduta do indivíduo para que ele seja passível de sanção, são: imputabilidade, potencial, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade trabalha justo com a possibilidade ou não de o indivíduo agir de modo diverso no momento do ato. Seja pela diminuta idade, por incapacidade de compreender o caráter ilícito da conduta ou não lhe ser exigível outra postura.

Aqui, por fugir ao foco do trabalho, não avançaremos muito nesta seara. No entanto, tomaremos culpabilidade, para os efeitos do trabalho e sem querer entrar em qualquer debate acerca de suas conceituações e elementos, como a condição necessária para a aplicação da pena ou como um dos fundamentos da pena³⁸².

³⁸¹ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**, Coimbra, Editora Almedina, 2015, p. 334.

³⁸² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 421.

Imputabilidade

A imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade e se traduz na capacidade de o indivíduo entender e querer o resultado de sua conduta. Ela se subdivide em inimputabilidade decorrente da idade e da sanidade mental.

Na legislação, com relação à imputabilidade etária, presume-se que o menor de 12 anos não possui esta capacidade. Já o adolescente possui esta capacidade diminuída, pelos mais diversos fatores, sendo, desta forma, inimputáveis para o Direito Penal brasileiro os menores de 18 anos de idade, de acordo com o critério biológico, que se baseia exclusivamente na presunção de que o menor de 18 anos não possui condições de entender o caráter ilícito de sua conduta. Assim o indivíduo, para ser considerado imputável, tem de possuir mais de 18 anos e também capacidade mental de entendimento.

De outro lado, os deficientes mentais, cuja doença os torne incapazes de entender o caráter ilícito de suas condutas, também são inimputáveis, ante a falta do requisito da capacidade do entendimento do caráter ilícito da conduta. Tal capacidade deve ser considerada na época do fato ou no momento da ação. Se a moléstia apenas reduz esta capacidade, isso implica causa de diminuição da pena em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 26 do CP.

O requisito da consciência do caráter ilícito

Sustentamos, assim como no Direito Penal, que no Direito Penal juvenil também há a necessidade de o indivíduo possuir o discernimento de que a conduta é ilícita.

Com isto, queremos dizer que o direito aplicável aos adolescentes, com o fim de impor-se uma medida socioeducativa, também exige o preenchimento do requisito psicológico para que um jovem seja responsabilizado. Assim, a ausência de responsabilidade infracional pode, à semelhança do Direito Penal, decorrer do critério biológico, ou seja, da idade ou do critério psicológico, do estado de saúde mental.

O requisito biológico

A ausência de responsabilidade infracional decorrente da idade está prevista no artigo segundo do ECA, que estabelece a idade mínima de 12 anos para que o indivíduo seja submetido a uma medida socioeducativa, sendo estabelecida uma presunção legal de que o

menor de 12 anos de idade não tem condições mentais e psicológicas de entender o caráter ilícito de suas condutas.

Por se tratar de presunção, não há qualquer espaço para ser efetuado qualquer questionamento acerca da capacidade de o adolescente possuir ou não condições de entender o ilícito da conduta. Pode até ser que ele tenha pleno conhecimento da “ilicitude” de sua conduta, mas neste tocante não há qualquer espaço para maiores questionamentos.

O requisito psicológico

A questão mais complexa e pouco debatida é a questão da inimputabilidade infracional em virtude do estado de saúde mental do adolescente que possui de 12 a 18 anos de idade.

Roxin manifesta que no Direito Alemão há possibilidade do adolescente que possui uma doença mental ter a sua responsabilidade excluída ou diminuída³⁸³: “Según BGHSt 26,67 seria possible que en un débil mental adolescente esté excluída la responsabilidad conforme al § 3 JGG, aunque solo exista una imputabilidad notablemente disminuida según el § 21”³⁸⁴.

Tal posicionamento encontra-se em consonância com a já mencionada Convenção Internacional de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência, que, em seu artigo primeiro, reconhece que deficiência é um conceito em evolução e resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Como sustenta Eduardo Correia, “o problema é tornar patente que aquilo que se exige como requisito da imputabilidade não pode ser um puro elemento biológico”³⁸⁵, desta forma, partilhamos do entendimento do autor que, apesar de ser atingida a idade exigida pela lei, pode ocorrer que a conduta do jovem não venha a ser censurável em decorrência da existência de certas perturbações mentais que venham a excluir a possibilidade de lhe exigir conduta diversa³⁸⁶.

No entanto, como observa o autor, torna-se necessário analisar o grau de

³⁸³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general*, tomo I, traducción de la 2ª edição alemana Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas Ediciones, Madrid, 2006, p. 849.

³⁸⁴ Idem, p. 849.

³⁸⁵ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**, Coimbra, Editora Almedina, 2015, p. 336.

³⁸⁶ Cf. CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**, Coimbra, Editora Almedina, 2015, p. 335.

comprometimento causado pela moléstia, sendo certo que um critério puramente psicológico, ou seja, de pessoa acometida por doença mental que não comete infração penalmente relevante, não permite a análise individual com o fim de precisar a responsabilidade do jovem.

Conceito de deficiência para fins de ausência de responsabilização infracional:

A problemática conceitual sobre deficiência já foi por nós analisada e, como lá mencionado, a sua compreensão exata e os seus limites devem ser apreciados em conformidade com as particularidades do caso em concreto. De toda sorte, para o caso da responsabilização, podemos ter deficiência como um mal que acomete um indivíduo, causando-lhe uma situação de desvantagem, a causar necessidade de tratamento diferenciado, de forma a superá-la ou diminuir a desigualdade e, para fins socioeducativos, como a moléstia que prejudique o entender do adolescente de modo que ele não possua condições de entender, completa ou parcialmente, o caráter ilícito de sua conduta.

A expressão deficiência aqui abrange a debilidade mental – idiotia ou imbecilidade –, representada pelo estado das pessoas que não atingem o desenvolvimento mental de uma criança ou de uma criança crescida. As psicopatias caracterizadas pelo desvio na personalidade do padrão médio de um homem comum. As perturbações da consciência como o estado de sono na embriaguez, os delírios de febre, etc, as neuroses e as toxicodependências.

Com relação à toxicodependência, no Brasil, um caso de extrema gravidade social é o referente aos usuários de crack que, para além da questão da segurança pública, é um sério problema de saúde pública, a exigir uma especial atenção dos profissionais ligados à área, sendo que nos parece certa a ausência de responsabilidade infracional do dependente que em determinados momentos não mais consegue discernir o certo do errado.

O todo dito até aqui aponta para a necessidade de uma reflexão maior acerca da responsabilização de jovens que possuem transtorno mental de qualquer ordem até o causado pelo uso de substâncias entorpecentes. Em nossa experiência prática, não foram raros os casos enfrentados, com grande dificuldade para demonstrar a ausência de responsabilização, que também não é objeto de muitos estudos na doutrina, apesar da previsão do parágrafo terceiro

do artigo 112 de Lei 8.069/90³⁸⁷ e da previsão do artigo 54 das Diretrizes de Riad³⁸⁸.

Fazemos ressalva de que a regra do artigo 112 somente prevê o tratamento especializado e em local adequado, mas permite a aplicação de medida, parte esta em aparente colidência com o disposto no artigo 54 das Diretrizes de Riad.

Assim sustentamos que, ao ser verificada a possibilidade de o jovem possuir transtorno mental, deve ser procedida avaliação clínica com o fim de restar constatada a ausência ou não de transtorno, devendo, enquanto não há certeza clínica acerca do comprometimento, por questão de cautela, o jovem ser encaminhado para tratamento especializado, sendo que o laudo poderá ser elaborado no próprio local, no momento do recebimento do jovem.

Caso se constate a incapacidade mental, sustentamos dever ser aplicável medida protetiva que promova o acompanhamento do tratamento do jovem, com a improcedência ou o arquivamento da representação, por falta de possibilidade de responsabilização infracional, nos mesmos moldes como é efetuado com relação aos inimputáveis maiores.

19 GARANTIAS PROCESSUAIS BÁSICAS

Nas regras de Beijing, no item 7.1, estão elencadas as garantias processuais básicas que todo Estado Parte deve respeitar em todas as etapas do processo, mas não devemos esquecer que elas se estendem desde a eventual apreensão em flagrante até a etapa judicial. Tais regras encontram-se também consagradas nos incisos I a VII do inciso II do artigo 40 da Convenção dos Direitos da Criança.

No artigo 111 do ECA, encontram-se elencados os mesmos direitos, salvo o direito à não autoincriminação. De toda sorte, como já suscitado no subtítulo, posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, vislumbramos que não se trata de um silêncio eloquente ou mesmo de não aplicabilidade do direito na área infantojuvenil, uma vez que tal garantia e as dela decorrentes encontram-se em normatividade de nível superior ao da legislação infraconstitucional e, por tal motivo, entendemos não ser incabível qualquer

³⁸⁷ § 3º do artigo 112 da Lei 8.009/90 – Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

³⁸⁸ Artigo 54 das Diretrizes de Riad. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.

interpretação que venha a afastar os direitos reconhecidos nos instrumentos internacionais.

19.1 O direito à não autoincriminação

O direito à não autoincriminação, também chamando de não autoacusação, consagrado pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, possui aplicabilidade de extrema importância no processo infracional, o qual, sob o nosso ponto de vista, como reiteradamente mencionado, é mais um dos direitos fundamentais constantemente desrespeitados na prática dioturna.

O direito ou o princípio, que costumeiramente é confundido ou estreitado somente ao direito ao silêncio, possui inúmeras outras decorrências, que vão desde o direito ao Aviso de Miranda, por ocasião da apreensão, ao o direito de ser informado sobre a acusação e à produção das provas no processo penal.

Para demonstrar que o referido direito de não produzir provas contra si se estende desde o ato delituoso até ao processo, podemos utilizar o exemplo do teste do bafômetro no Brasil, já que em Portugal a recusa ao exame de alcoolemia é conduta típica. Ou seja, o direito à não autoacusação, no caso do bafômetro, inicia-se, se esta for a hipótese, desde a situação de flagrante e se estende pelo decorrer do processo.

Conforme lecionado por Maria Elizabeth Queijo, o direito à não autoincriminação não possui uma raiz histórica definida. Na antiguidade, não era respeitado, já que nas mais diversas legislações o acusado era ouvido sob juramento, como se fosse testemunha, como no Código de Hamurabi, ou seu silêncio seria interpretado como culpa.

Ainda de acordo com a autora, no Direito Hebreu a confissão era uma “aberração da natureza humana ou manifestação de estado de loucura”³⁸⁹. Na Grécia antiga, se aplicava tortura e as ordálias, incompatíveis com o direito ao silêncio, que eram utilizadas pelos bárbaros invasores do Império Romano como meio de prova.

Na sequência, a autora menciona que foi na Idade Média que se formou o delineamento do direito à não autoacusação.

Segundo Beccaria, “há uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais no

³⁸⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

homem que nasce dos juramentos que se exigem ao réu para que seja um homem verdadeiro, quando tem o maior interesse em ser falso”³⁹⁰, pois, para o autor, a confissão seria uma forma de autodestruição. De outro lado, Maria Elizabeth Queijo aponta uma contradição nos pensamentos de Beccaria, ao ser sustentado por este que deveria sofrer uma pena mais severa aquele que se recusasse a responder o interrogatório³⁹¹ e, de outro lado, sustentar que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural.

Na História, era sustentado que “todos estão sujeitos a faltas e a crimes de alguma espécie; assim, permitir que acusadores oficiais forçassem os homens a revelar seus próprios crimes colocaria a todos em iminente perigo, o que causaria destruição da ordem social”³⁹² e era sustentado que partes da vida somente deveriam ser mencionadas no confessional³⁹³.

Na história do Direito Brasileiro não havia qualquer direito à não autoincriminação, já que, no Brasil colônia, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas era até admitida a tortura em determinados casos³⁹⁴.

O direito à não autoacusação evoluiu da proibição da tortura através do inciso XIX do artigo 179 da Constituição de 1824, passando pela não obrigatoriedade de depor em casos criminosos prevista no parágrafo 1º do artigo 208 do Decreto 737/50, e por diversas etapas, em que se questionava se o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo do réu, até ser consagrado no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição de 1988³⁹⁵, sendo este direito estendido até as testemunhas no “caso de os fatos perqueridos possam resultar autoincriminatórios”³⁹⁶.

Nos diplomas internacionais atuais, o direito à não autoacusação foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por meio da proibição da tortura prevista no artigo 5º e da presunção de inocência prevista no item 1 do artigo 11, ainda que de forma implícita, da mesma forma que se deu por meio do disposto na alínea A do artigo 37 da Convenção dos Direitos da Criança, que veda o emprego de tortura. Nas regras de Beijing,

³⁹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 101.

³⁹¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

³⁹² MARTELETO, Wagner Filho. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 9.

³⁹³ Idem, p. 9.

³⁹⁴ Idem, p. 37.

³⁹⁵ Idem, p. 40.

³⁹⁶ Idem, p. 41.

encontram-se no item 7.1 explícitas as regras que obrigam o respeito à presunção de inocência e o de permanecer calado do jovem infrator. Na Convenção Americana dos Direitos Humanos, pacto de São José da Costa Rica, há previsão na alínea G do artigo 8º. No pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, consta semelhante previsão na alínea G, do item 3, do artigo 14, além de inúmeras outras disposições em documentos internacionais.

19.2 Subdivisões do direito à não autoincriminação

Como bem observado por Maria Elizabeth Queijo, o direito à não autoacusação não se resume ao direito ao silêncio. Deste decorre, entre outros, o direito à defesa e à presunção de inocência³⁹⁷. Wagner Marteleto menciona que a presunção de inocência transfere toda carga probatória para a acusação, presumindo-se a inocência do réu, sendo a proteção contra a autoincriminação um consectário lógico da presunção do estado de inocência³⁹⁸.

Direito ao silêncio e a obrigação de advertência na oitiva do jovem no processo infracional

Por força do disposto no artigo 152 do ECA, aplica-se de forma suplementar as disposições do Código de Processo Penal nos processos referentes a atos infracionais. Nesta esteira de raciocínio de aplicação subsidiária das regras do processo penal nos processos infracionais, bem como diante da impossibilidade de conferir-se tratamento mais gravoso ao jovem do que o conferido ao adulto, temos como aplicáveis as regras que regem o interrogatório nos processos penais aos processos infracionais.

Assim, como no ECA não há qualquer previsão com relação à forma do interrogatório, chamado de oitiva do jovem infrator pelo artigo 186 do ECA, as regras ou a normatividade aplicáveis no interrogatório do acusado são aplicáveis supletivamente à oitiva do jovem infrator. É certo que entendemos, conforme já mencionado, que não se pode restringir direitos ou conferir uma situação mais gravosa ao jovem do que se adulto fosse, a pretexto de protegê-lo ou ao argumento de que os princípios ordenadores do processo infracional são diversos, sem, no entanto, salientar quais são os princípios orientadores que apontam no sentido oposto.

³⁹⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

³⁹⁸ Cf. MARTELETO, Wagner Filho. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 35.

Portanto, diante dos dispositivos que regem o direito à não autoacusação na oitiva do jovem infrator, em consonância também com o disposto nos artigos 186 e seguintes do CPP, deverá ser conferida a oportunidade e o direito à entrevista prévia do jovem com seu defensor, bem como o juiz obrigatoriamente deverá informar ao jovem as acusações que sobre ele pesam e sobre o direito de permanecer em silêncio e não responder as perguntas que lhe forem formuladas.

Na sequência, vale a observação de que o direito ao silêncio somente se refere à eventual prática delituosa e não no que concerne à pessoa do acusado como a prevista no parágrafo primeiro do artigo 187 do CPP, cuja recusa ou a mentira sobre os dados pode ensejar a prática de conduta típica. No entanto, se a identificação e a resposta às perguntas puder de alguma forma dar ensejo ao reconhecimento da prática delituosa, a resposta não será obrigatória³⁹⁹.

O dever de advertência

Como mencionado, é obrigatória ao juiz, ou à autoridade que realizar o ato, a advertência acerca do direito ao silêncio por parte do interrogado e de que o seu silêncio não poderá ser reconhecido como reconhecimento da conduta.

“Não basta, assim, que o ordenamento jurídico venha a tutelar determinado direito ou garantia do acusado, sem criar mecanismos que assegurem sua efetividade. Dessa forma, de pouca ou nenhuma valia seria a previsão do direito ao silêncio para o acusado se não houvesse o correspondente dever da autoridade de informá-lo acerca desse direito e de sua extensão”⁴⁰⁰.

O caso que veio dar nome ao dever de advertência foi nos Estados Unidos, conhecido como *Miranda contra Arizona*, a partir do qual o aviso passou a ser conhecido como *Aviso de Miranda* ou como *direito de Miranda*. No famoso caso, a condenação pelo crime de estupro foi anulada pelo fato de na ocasião da prisão a polícia não ter advertido o suspeito acerca do direito de permanecer em silêncio.

Necessidade da prévia entrevista do acusado com o defensor

Ressaltamos aqui a posição de Maria Elizabeth Queijo acerca da importância da prévia

³⁹⁹ Vide neste sentido, QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244.

⁴⁰⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249.

entrevista do acusado com seu defensor, pois não basta somente a sua presença física no ato, já que “a comunicação prévia e reservada entre acusado e defensor permite a atuação efetiva da defesa técnica no momento do interrogatório”⁴⁰¹. Para tanto, vide item 7.1 da Regras de Beijing, artigo 14, item 3 b e d do pacto dos direitos civis e políticos e artigo 8º parágrafo 2 alínea D da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Impossibilidade do registro das perguntas não respondidas

Vale observar que não é facultado ao juiz o registro em ata das perguntas não respondidas ante a revogação do antigo dispositivo do artigo 191 do CPP que determinava a consignação das perguntas que não foram respondidas e dos motivos invocados para não responder. Embora este artigo somente tenha sido revogado expressamente no ano de 2003, tal já não tinha sido recepcionado pela Constituição de 88, diante da possibilidade de se “aferir se ele não respondeu esta ou aquela pergunta exatamente para não se autoincriminar”⁴⁰², de modo a possibilitar a influência do julgador ou mesmo do tribunal em detrimento do direito da não produção de provas contra si.

Consequências do exercício do direito ao silêncio

No mesmo sentido, a segunda parte do artigo 198 do Código de Processo Penal também não foi recepcionada pela Constituição, já que o silêncio não poderá servir de elemento de formação de convencimento do juiz⁴⁰³.

Condução coercitiva do jovem

Resta saber, na área infracional, se o disposto no parágrafo 3º do artigo 184 do ECA é inconstitucional à semelhança da inaplicabilidade do disposto no artigo 260 do CPP, pois, a bem da verdade, conforme também sustentado por Maria Elizabeth Queijo, com relação ao processo penal, tal artigo não foi recepcionado pelo texto constitucional em decorrência do direito ao silêncio, já que o interrogatório como expressão do direito à autodefesa é renunciável⁴⁰⁴. Em princípio, seriam viáveis os entendimentos de que somente caberia a busca e apreensão em atos para os quais caberia a medida socioeducativa de internação ou semiliberdade ou se o dispositivo previsto no parágrafo terceiro do artigo 184 do ECA é

⁴⁰¹ Idem, p. 137.

⁴⁰² Idem, p. 135.

⁴⁰³ Neste sentido ver QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

⁴⁰⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

inconstitucional.

Esclarecimentos do depoimento através de perguntas da defesa

De toda sorte, vale aqui registrar, caso o jovem venha a prestar o depoimento, que por força do disposto no artigo 188 do CPP será facultado às partes a formulação de perguntas com o fim de esclarecer algum fato mencionado no depoimento.

Extensão do direito ao silêncio

Cabe ser salientado que o direito ao silêncio deve ser respeitado em todas as formas de interrogatório, seja perante a autoridade policial, seja mesmo na oitiva informal efetuada perante o Ministério Público, Comissões Parlamentares de Inquérito, sindicância e processos administrativos⁴⁰⁵.

Com relação à testemunha, ela somente possui o direito ao silêncio nas perguntas que ela puder ser incriminada.

Exceções à Teoria do Fruto da Árvore Envenenada

No que concerne às provas derivadas da prova que chamaremos de ilícita, conhecida como Teoria do Fruto da Árvore Envenenada, há algumas exceções, como as apontadas por Maria Elizabeth Queijo, quais são:

- **A da fonte independente** – que reconhece a validade da prova que poderia ser produzida por outra fonte independente. A nosso ver, tal não pode ser apenas em tese, uma vez que esta tal fonte independente deve estar nos próprios autos e não deve se revestir de meras conjecturas do tipo: “esta informação, ou prova, fatalmente chegaria aos autos”. Tal exceção é conhecida como teoria da inevitabilidade.
- **Testemunho de vontade autônoma** – a autora exemplifica com o caso Estados Unidos x Ceccolini, no qual tinham sido apreendidos registros de apostas de forma ilegal; no entanto, uma testemunha apontou o nome do proprietário dos registros. A decisão afastou o registro obtido ilegalmente, porém manteve o depoimento acerca da titularidade do registro ou quando o vício é purgado pela vontade do acusado.

⁴⁰⁵ Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238.

O direito do acusado se confrontar com os depoentes

Utilizando-nos das lições de Diogo Rudge Malan, o direito ao confronto consubstancia-se no direito do jovem de participar presencialmente da prova que contra si será produzida⁴⁰⁶.

Segundo o autor, as raízes históricas do Direito não são claras, embora possamos ter esboços do Direito a partir do século XVI, apesar de ser mencionado que as raízes se encontram no processo penal romano, época em que a acusação era exercida pelo ofendido e a defesa era exercida pelo acusado. De toda sorte, a sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos consagrou o direito ao confronto por parte do acusado, sendo certo que as dez primeiras emendas à Constituição americana, denominadas Declaração de Direitos dos Estados Unidos, United States Bill of Rights, foram declaradas em 1789 e entraram em vigor em 1791.

No ECA, a regra encontra-se estabelecida no inciso II do artigo 111. Nos documentos internacionais, há igual previsão nas Regras de Beijing, artigo 6.3..d da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 14.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo 8.2.f do Pacto de São José da Costa Rica Tais instrumentos revestem-se no reconhecimento do direito ao confronto “como sendo componente absolutamente indissociável de qualquer noção civilizada de devido processo legal”⁴⁰⁷.

No ECA, resta claro que o jovem acusado possui o direito de confrontar-se com as vítimas e testemunhas, sendo que a previsão nos instrumentos internacionais, para além de estabelecer a possibilidade do seu desrespeito propiciar a análise em grau de recurso extraordinário junto ao STF, torna possível a denúncia do desrespeito aos responsáveis pela elaboração dos relatórios, de forma a inserir a questão no debate de plano internacional, a possibilitar não só a solução da questão com a orientação para o respeito ao Direito, mas também para buscar a fixação de indenização em favor dos lesados.

⁴⁰⁶ Cf. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.31.

⁴⁰⁷ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 147.

O direito ao confronto não se confunde com direito ao contraditório⁴⁰⁸, que consubstancia-se na possibilidade de as partes se manifestarem sobre o exposto ou colocado pelo seu oponente. A diferença fica evidente ante a possibilidade de tal direito poder ser efetuado pelo defensor sem a exigência da presença física de quem quer que seja, uma vez que, para o respeito ao contraditório e o seu exercício, basta que seja conferida a possibilidade à parte de manifestar-se, conduta que pode ser efetuada até por meio de alegações escritas.

Já o direito ao confronto é exercido pessoalmente pelo acusado e exige a presença física daquele que será confrontado, seja vítima, testemunha ou qualquer outro sujeito que venha a atuar no processo como instrumento da persecução infracional.

Do direito ao confronto, surgem questões complexas como a possibilidade e a validade de ser colhido depoimento de testemunha por precatória em que não estará presente o acusado, bem como a coleta de depoimento sem a presença do acusado ao argumento de ele causar temor ao depoente.

19.3 Consequências da inobservância das garantias processuais

O artigo 157 do Código de Processo Penal estabelece a consequência da não observância das garantias constitucionais e legais, sendo que determina o desentranhamento, e posterior destruição, das provas obtidas, e das dela derivadas, que forem produzidas ao arrepio da lei.

“Se não houvesse limitações ao direito à prova, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido à custa de violações a direitos, poderia ser introduzido no processo e valorado, o que conduziria à adoção de um modelo de processo autoritário e distante da ética⁴⁰⁹”.

Na esfera processual penal, podemos dizer, em princípio, que se encontram em colisão, entre muitos, o direito à não autoincriminação e seus consectários e, de outro lado, a segurança pública ou o interesse da sociedade em desvendar a autoria dos crimes. No entanto, entendemos que a preservação desses últimos interesses devem se pautar pela observância da lei e da normatividade, sendo que estas são resultado de uma grande luta de todos os cidadãos

⁴⁰⁸ Na jurisprudência do anexo 2, para o qual remetemos o leitor, nos parece que houve uma certa confusão entre o direito ao confronto, questão que foi objeto de agravo retido, e o direito ao contraditório.

⁴⁰⁹ Apud Cappelletti, QUEIRO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

contra a tirania do poder. Não devemos perder de vista que a atividade judicial não deve servir como estímulo para a prática de ilícitos, havendo, neste ponto, um limite para o Estado e mesmo para o juiz, que deve ter sua atividade pautada pela legalidade⁴¹⁰.

Assim, uma vez constatado o conflito entre os direitos fundamentais do cidadão e a realização da justiça e a busca da verdade, resta-nos buscar sempre o tom de equilíbrio sem que isso implique, necessariamente, desrespeito aos direitos consagrados.

Provas ilícitas e ilegítimas

Wagner Marteleto aponta a diferenciação entre os conceitos de prova ilícita e ilegítima, mencionando que prova ilícita é aquela obtida “com violação às normas de direito material, ferindo direitos fundamentais como a intimidade, a privacidade, a integridade física, o sigilo das comunicações, a garantia contra a autoincriminação, dentre outros”⁴¹¹. Já o conceito de prova ilegítima está ligado à desconformidade da produção da prova com o rito processual estabelecido.

20 EXPERIÊNCIA PRÁTICA – UMA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Vimos as bases históricas dos direitos fundamentais, as formas de interpretação, o espaço de discricionariedade, as normas e algumas das garantias mínimas, destinadas, primordialmente, à área infantojuvenil, além de verificarmos alguns questionamentos filosóficos. Agora vejamos casos, os quais chamaremos de experiência prática.

Nesta etapa, passaremos pela análise de questionamentos sobre possíveis não observações dos direitos fundamentais dos jovens.

Nestes casos, não podemos dizer que o resultado do eventual julgamento de mérito das ações devesse ser obrigatoriamente o do arquivamento ou absolvição, pois certo é que a observação do direito à entrevista pessoal com a defesa, ou mesmo o respeito ao direito ao silêncio e ao confronto, não venham a modificar a verdade dos fatos, embora a inobservância destes possa vir a gerar a nulidade das provas, a conduzir para um resultado diverso do que deveria ser em caso de observância dos direitos.

⁴¹⁰ Cf. QUEIRO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 427-428.

⁴¹¹ MARTELETO, Wagner Filho. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 203.

No mesmo sentido, a parte autora do feito, por também ser seu mister, em conformidade com o ônus subjetivo da prova, poderia na situação hipotética ter se incumbido de produzir provas válidas, mediante o respeito das garantias fundamentais, ou velar para que as provas fossem produzidas desta forma.

O eventual não reconhecimento da invalidade das provas produzidas, sem o respeito dos direitos fundamentais, em grau de recurso, reforça os argumentos deste estudo acerca da necessidade de buscarmos meios mais efetivos para a proteção dos possíveis direitos violados.

Aqui, demonstraremos alguns problemas que enfrentamos para a aplicação da lei, tendo o estudo base na necessidade verificada, durante a experiência de quase duas décadas de atuação, na defesa dos direitos que entendemos como violados.

Podemos dizer que todas as situações hipotéticas e casos aqui sustentados possuem paralelo com um caso real enfrentado, desde a destituição do poder familiar de pessoa deficiente ou sem recursos materiais, de não observação das garantias processuais básicas no processo infracional.

Entendemos, em conformidade com o verificado nos capítulos anteriores deste estudo, que não se mostra razoável, no estado de evolução dos direitos que nos encontramos, a violação das normas pelo simples exercício de discricionariedade, sem qualquer justificação ou justificativa jurídica plausível.

Acreditamos, também, que a argumentação metajurídica seja um grande problema enfrentado no dia a dia, já que não é incomum depararmos com decisões de laudas e laudas sem nenhum suporte de juridicidade. Para o nosso estudo, escrever muito não é fundamentar juridicamente. Nas decisões, em muitas das vezes, não há nenhuma citação a texto normativo ou, se estes são citados, o são de forma desconexa ou sem paralelo com a questão debatida, como, por exemplo, ao falarmos sobre o direito ao confronto e a decisão ventilar questão acerca do contraditório⁴¹², e às vezes os profissionais recorrem a recursos como consulta ao dicionário de língua portuguesa para a sustentação do decidido; fatos pouco desejáveis em um ambiente que exige, como já vimos no Capítulo III, rigor técnico e conhecimentos específicos.

⁴¹² Remetemos o leitor para os anexos II e III, nos quais acreditamos haver a exemplificação desta experiência.

20.1 A questão da internação provisória e do seu cabimento fora das hipóteses legais

Uma questão muito enfrentada na prática, que serve para demonstrar a pertinência do estudo, é o da internação provisória dos adolescentes que tenham eventualmente praticado um ato infracional.

Não são raros os casos de internação de jovens em sua primeira passagem, e por motivos que a internação definitiva não seria cabível ao fim do processo, como a medida de internação provisória pela posse de diminuta quantidade de substância entorpecente.

A audiência de custódia – Paralelo com o disposto no artigo 174 do ECA

Atualmente, há, no Brasil, para os maiores de 18 anos, a figura da audiência de custódia, prevista em diversos tratados internacionais, como as normas previstas no artigo sétimo, itens 5 e 6 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴¹³, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Na oportunidade da audiência de custódia, que ocorre dentro de 24 horas da prisão em flagrante, é verificada a regularidade da prisão e avaliado o cabimento de sua manutenção.

Uma questão interessante, e bastante ilustrativa, é o fato de não haver lei prevendo ou regulamentando a dita audiência, sendo que o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo, criado por meio da Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004, a mesma que acrescentou a cláusula geral de abertura prevista no parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição, a instituiu por meio da Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015.

Esta louvável iniciativa possui paralelo com a disposição prevista no artigo 172 do Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo, no entanto, uma importante diferenciação, já

⁴¹³ Artigo 7º itens 5 e 6 da Convenção Americana dos Direitos Humanos - 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

que no caso da audiência de custódia o preso é imediatamente liberado caso não estejam presentes os requisitos da manutenção de sua custódia. De outro lado, a disposição do artigo 174⁴¹⁴ do ECA possibilita a internação de jovens para “sua garantia pessoal ou manutenção da ordem pública”. Tal norma, sob o nosso ponto de vista, é de questionável constitucionalidade ou validade, pois, como já vimos, de acordo com a legislação e a melhor interpretação, não é possível punir ao argumento de proteger, como também já vimos que ordem pública não seria um argumento válido para justificação de uma decisão judicial.

Desta forma, os jovens que não seriam mantidos encarcerados se maiores fossem, às vezes ficam internados provisoriamente, por até quarenta e cinco dias, diante da aplicação da disposição do artigo 183⁴¹⁵ do ECA sem maiores reflexões jurídicas.

Desta constatação, podemos extrair alguns questionamentos, como o da validade ou não desta restrição à liberdade ou ainda refletirmos acerca da validade de sua duração nos casos concretos, que na maioria das oportunidades se estende pelo máximo dos 45 dias previstos na lei⁴¹⁶, sendo, muitas das vezes, a internação provisória utilizada como verdadeira forma de punição.

Tal questão é muito nova. Acreditamos que os questionamentos que surgirão poderão apontar para a invalidade da norma do artigo 183 do ECA; contudo, não poderíamos deixar de apresentá-la, já que serve para demonstrar a utilidade prática dos cânones de interpretação expostos neste estudo.

Para além desta questão da validade do disposto no artigo 183 do ECA, temos, em um plano a seguir, as hipóteses de cabimento da internação, provisória ou não, norma que, por se tratar de limitadora de direitos, deve ser interpretada de forma restritiva.

⁴¹⁴ Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

⁴¹⁵ Art. 183. O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias.

⁴¹⁶ Em muitas das oportunidades, o julgador, antevendo o não cabimento da medida de internação, em vez de cumprir com as determinações legais que determinam a internação pelo menor prazo, designa audiência de continuação para o dia de sua pauta que estiver mais próximo do prazo máximo.

O não cabimento da internação provisória fora dos casos previstos na lei

Esta questão não é nova e já foi muito debatida no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sendo objeto da Súmula de número 492 do Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁷. No entanto, o debate continua sendo uma experiência rica para demonstração da finalidade deste estudo. Em face da análise da aplicação do disposto no artigo 122 da Lei 8.069/90, podemos constatar que alguns direitos são violados na aplicação da internação. O texto da norma que será analisada é o seguinte:

Artigo 122 do ECA – A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Ater-nos-emos à análise dos argumentos utilizados nas decisões, com o fim de verificar se são tidos como válidos pela doutrina.

Por muitas das vezes, diariamente em determinadas comarcas, há internação em caso de ato infracional análogo ao tráfico de substâncias entorpecentes, sendo que na maioria destes casos o ato não é cometido mediante grave violência à pessoa. E, como dito, há ocasiões nas quais a internação de jovens ocorre em sua primeira passagem.

O texto da norma é claro ao apontar para a solução do não cabimento da internação, mas não custa mencionar que da análise da norma não encontramos, nos utilizando dos elementos de interpretação vistos, possibilidade de depreender a possibilidade ou necessidade de internação em hipótese de tráfico de substâncias entorpecentes.

Permitimos-nos aqui relembrar as regras de interpretação já mencionadas: a) presume-se que o legislador “consagrou as soluções acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, ..., b) que não há regras, frases ou mesmo palavras inúteis”⁴¹⁸, c) que a lei não impõe impossíveis e que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, d) que

⁴¹⁷ Súmula 492 STJ - “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.”

⁴¹⁸ MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do Direito**, 3ª edição, Pedro Ferreira Editora, Lisboa, 2010, p. 171 e 183.

a regra especial prevalece sobre a geral, e) quando a regra é obscura, sua interpretação deve ser restritiva.

Assim, de acordo com apresentado, sustentamos não ser possível o afastamento da observação do determinado pelo legislador, bem como ser recomendável ao aplicador seguir entendimento dos tribunais superiores. De toda sorte, na sequência deste entendimento, manifestamos ser necessária uma profunda motivação e fundamentação jurídica para haver o afastamento da norma, sendo que passaremos a analisar alguns dos argumentos e motivações corriqueiramente utilizados no ambiente da amostragem colhida.

20.2 Análise das motivações das decisões em possíveis casos concretos

Inicialmente, informamos que os processos afetos à infância e juventude, por força de disposição legal⁴¹⁹, tramitam em segredo de Justiça e, por tal motivo, aqui não haverá quaisquer informações no que diz respeito à identificação dos envolvidos, podendo todos os casos aqui mencionados serem considerados como hipotéticos.

Nos casos hipotéticos, como fundamento para a aplicação da medida de internação, definitiva ou provisória, podemos ter deparado com os seguintes argumentos, que, em conformidade com este estudo, não seriam juridicamente válidos como, por exemplo, a utilização de argumentos de política para justificar a decisão, e não de princípio, conforme lecionado por Dworkin.

Também podemos ter encontrado a justificação da medida com lastro em “delitos de status” cuja punição é vedada pelas Regras de Beijing, bem como em desvio de conduta, previsto no artigo 41 do Código de Menores, Lei. 6.697/79, revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nestas decisões, acreditamos que podem ter sido utilizados outros argumentos que, segundo o nosso estudo também, não são válidos, uma vez que não é dado punir ao argumento de se estar protegendo o indivíduo, entre outros argumentos.

⁴¹⁹ Artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente – É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

Assim, vejamos alguns trechos de decisões e nosso posicionamento a respeito.

Análise da validade da motivação e fundamentação das decisões

1 – “O adolescente insiste em manter o envolvimento nocivo com o mundo da criminalidade, permanecendo afastado dos bancos escolares, em gravíssimo risco que enseja a aplicação de medida restritiva de liberdade.”

A nosso ver, esta alegação se encontra lastreada nos revogados artigos segundo e quarenta e nove do Código de Menores de 1979, podendo a conduta de permanecer afastado dos bancos escolares ser considerada como “delito de status”, já que a evasão escolar não é punida penalmente, e, por tal motivo, não se mostraria válida para fundamentar decisão que determina a internação de um jovem. Analisamos esta matéria no título sistema tutelar/infracional.

Tal motivação também não atende aos parâmetros da ponderação vistos no subtítulo “uma outra forma de realizar a ponderação”, como a pretensão de generalidade, a busca da concordância prática e a observação do núcleo essencial, visto que não se mostra viável a internação de todos os jovens que venham a se encontrar em situação semelhante.

Nos casos em concreto, na busca pela concordância prática, haveria outras formas mais eficientes para atingir o objetivo supostamente pretendido e, ao fim, a decisão, da forma que se encontra motivada, pode estar a atingir o núcleo essencial do direito de liberdade.

Além de tudo, como vimos no Capítulo III, a decisão foi proferida fora da moldura lecionada por Kelsen, já que não há previsão legal de internação para o caso, havendo, como dito, outros mecanismos legais não violadores de direitos à disposição da autoridade julgadora.

Vejamos mais alguns trechos, sendo que desde já mencionamos, para além da questão técnica de forma individual, que saudável será a análise dos trechos como se fizessem parte de um único conjunto, possibilitando, assim, a formação de uma ideia completa acerca da questão enfrentada e da possível falta de argumentação jurídica válida na decisão/nas decisões:

2 – “A imposição a ser aplicada deve ser adequada às necessidades do representado,

possibilitando o trabalho de ressocialização do mesmo, afastando-o, neste momento, da convivência perniciosa com os traficantes da comunidade onde reside e de onde adquire o entorpecente, o que contribuirá para a sua reeducação e reintegração à família e à sociedade.”

3 – “Tais medidas encontram amparo na realidade constatada, principalmente na urgente necessidade de ressocialização do menor.”

4 – “Não se pode consolidar entendimento genérico de que é incabível uma imposição mais grave, uma vez que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que os superiores interesses do menor devem sempre prevalecer.”

Para além dos comentários efetuados nos primeiros exemplos de motivação da decisão, podemos dizer ainda que esta argumentação, sob o nosso ponto de vista, não se mostra válida, já que também encontra lastro no vetusto Código de Menores. Acreditamos também que deveria haver demonstração de que a medida tomada é eficiente para promover os interesses do jovem.

Além do dito, acreditamos que este trecho demonstra a ausência de fundamentação com normas que confirmam ao princípio do superior interesse da criança qualquer orientação, uma vez que este, de forma isolada, não possui qualquer significado como norma, conforme vimos nos subtítulos “Normas de Direito Fundamental – Sua estrutura e características” e “Uma outra forma para realizar a ponderação”.

Outros trechos para análise:

5 – “Não sendo demais frisar a existência de todo um aparato de violência que está diretamente relacionado ao tráfico de entorpecentes, nem se considerando aqui os tantos outros delitos que são cometidos pelos usuários de drogas no intuito de obter dinheiro para sustentar seus vícios.”

6 – “Nos dias atuais é impossível não se admitir que o comércio de drogas é um crime revestido de intensa violência, senão diretamente contra determinada pessoa, mas efetivamente contra toda a coletividade... [...] ...impedindo o regular exercício da cidadania, restringindo a liberdade de locomoção dos moradores de tais comunidades e inviabilizando a prestação dos serviços públicos.”

Nesta parte da decisão, são utilizados argumentos de política, tidos por Dworkin como inválidos para fundamentar decisões judiciais, conforme pudemos constatar no subtítulo “Casos difíceis”. Ressalta-se que foi presumida a prática de outros crimes que não se encontravam na representação, ou nos autos, a violar inúmeros direitos fundamentais como o da presunção de inocência e ampla defesa, não podendo assim servir, validamente, como justificadores da medida extrema e excepcional que fora aplicada.

Reforçamos que os exemplos retirados da decisão, ou das decisões, são vastos, sendo que todos podem ter sido encontrados em apenas uma decisão e repetidos para todos os casos semelhantes. Vejamos mais alguns:

7 – “Não se pode fechar os olhos à toda esta realidade, efetuando interpretação do texto legal divorciada dos princípios consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece como prioridade garantir a integridade física e psicológica dos adolescentes que às suas normas se sujeitam.”

8 – “Frise-se que a sociedade local vem se sentindo extremamente ameaçada pelo cometimento de atos infracionais com as características do presente, clamando pela atuação do Poder Judiciário no sentido de conter estas ações que amedrontam a população local e ressocializar os jovens nela envolvidos.”

Apresentada a decisão/as decisões, e efetuada uma breve análise, deixamos para confronto com o apresentado neste estudo os seguintes questionamentos:

- 1- Se o afastamento dos bancos escolares pode, validamente, servir como motivação para a internação de um jovem.
- 2- Se o afastamento do jovem do seio de sua família e da localidade onde reside, conhecida como ponto de tráfico, justifica sua internação ao argumento de sua reeducação e reintegração à família e à sociedade, haja vista que as unidades de internação do Brasil violam dezenas de direitos fundamentais, estão com sua lotação excedida em 3 vezes e são um ambiente perigoso, e que durante o período de internação não é feito qualquer trabalho individual no jovem que possa ser considerado minimamente eficiente.
- 3- Se há possibilidade de constatação de condutas delituosas sem a produção de provas e se a internação contribui para a ressocialização de qualquer jovem.

- 4- Se é válido invocar somente o princípio do superior interesse da criança, que não possui qualquer densidade ou aponta para qualquer dos resultados, para justificar a internação de um jovem.
- 5- Se são válidos argumentos baseados no incremento da segurança pública para justificar internações.

No mesmo ambiente e, talvez, nas mesmas decisões, podemos ter deparado com os seguintes argumentos, que negaram vigência aos instrumentos internacionais nos casos sob exame.

Vejamos as possíveis negativas de vigência aos tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro, que aparentemente nega vigência ao parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal, por meio dos seguintes trechos de decisões hipotéticas:

“sobre a vítima não poder prestar depoimento na ausência dos representados, não foi demonstrado que as mesmas têm eficácia em nosso ordenamento legal.”

Manifestação judicial que teria sido efetuada ao rejeitar os argumentos de serem aplicáveis no caso o inciso II do artigo 111 das Regras de Beijing, artigo 14.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, alínea F, item 2, artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica e inciso 2º do artigo 111 da Lei 8.069/90.

“... as regras mínimas da ONU mencionadas pela Defesa não são normas a serem aplicadas em nosso ordenamento legal...”

Manifestação judicial que poderia ter sido efetuada ao rejeitar os argumentos expostos no agravo retido defendendo o direito ao confronto previsto no item 7.1 das regras mínimas das Nações Unidas para a administração da infância e juventude.

“não sendo necessário, até por impossibilidade legal, a aplicação das regras mínimas do ONU.”

Manifestação que pode ter sido efetuada ao rejeitar a alegação da necessidade da elaboração de relatórios em conformidade com a previsão do item 16.1 das regras mínimas das Nações Unidas para a administração da infância e juventude.

Resultados da amostragem

As decisões em questão são recentes, datam do final do ano de 2015 e início de 2016, e foram proferidas em feitos nos quais atuam diversos agentes que têm como função promover e defender os direitos fundamentais dos jovens, e demonstram a relevância do estudo no que concerne à promoção e defesa dos direitos fundamentais.

Na continuidade de nossa dita experiência prática, utilizar-nos-emos da análise de 10 *habeas corpus*⁴²⁰ e 5 apelações⁴²¹, a partir dos quais obtivemos a seguinte média final com relação às ações constitucionais: de 10 *habeas corpus* impetrados, em somente um foi deferido o Writ parcialmente. Em todos, a liminar foi indeferida, alguns com decisões de apenas uma linha, e em nenhum deles as questões de nível constitucional foram objeto de apreciação. Dois deles foram extintos por ser entendido que a via eleita não era a correta. Não houve possibilidade de interposição ou não foram interpostos recursos contra as decisões proferidas. Nenhuma das apelações foi provida, até o presente momento⁴²² não foram interpostos recursos, já que em alguns feitos ainda não decorreu o prazo para sua interposição.

Em todas as peças, foram ventiladas diversas questões de nível constitucional⁴²³ mencionadas nesta tese. Nas decisões⁴²⁴ de 8, não houve qualquer manifestação acerca das disposições de nível constitucional; nas decisões de 2, houve manifestação de forma superficial; em uma, pode ter havido manifestação contrária à melhor interpretação do preceituado nas normas.

Cabe ressaltar que, apesar de serem amostras limitadas das pesquisas efetuadas nos sites dos tribunais e de conversas com colegas, podemos afirmar que a experiência vivida não pode ser considerada como uma situação específica, ou única, motivo até que gerou a edição da Súmula 492 do STJ, que reiterada e imotivadamente é descumprida.

Repetimos que a análise feita se restringe à obediência das normas de direitos fundamentais/humanos e à validade dos argumentos utilizados, sendo que a análise do

⁴²⁰ Habeas Corpus – 0003639-65.2016.8.19.0000, 0069568-79.2015.8.19.0000, 0001063-02.2016.8.19.0000, 0001045-78.2016.8.19.0000, 0069345-29.2015.8.19.0001, 0001057-92.2016.8.19.0000, 0074589-36.2015.8.19.0001, 0069616-38.2015.8.19.0000, 0004021-58.2016.8.19.0000, 0001042-26.2016.8.19.0000.

⁴²¹ Apelações – 0030778-94.2015.8.19.0042, 0031184-18.8.19.0042, 0050998-16.2015.8.19.0042, 0036921-02.2015.8.19.0042 e 0032051-11.2015.8.19.0042.

⁴²² 27 de outubro de 2016.

⁴²³ Remetemos o leitor para os anexos I e III, que possuem vias das peças ofertadas.

⁴²⁴ Remetemos o leitor para os anexos II e IV, que possuem jurisprudência acerca da matéria das peças.

resultado do julgamento não faz parte de qualquer apreciação crítica do estudo. Assim, sem prejuízo do resultado final estar correto ou não, os mencionados direitos consagrados podem ter sido e estar sendo violados, e é objeto desta parte do estudo a constatação/demonstração de possíveis ofensas aos direitos protegidos.

Podemos deste resultado questionar se o *habeas corpus* seria o instrumento adequado e se seria válida/necessária a apresentação de tais ações?

Com relação a esses questionamentos, podemos dizer que não nos parece razoável a tese de ser incabível *habeas corpus* contra as decisões que estariam a violar direitos fundamentais e, notadamente, o direito à liberdade.

Também não nos parece que a defesa deva ficar sem recorrer ou impetrar *habeas corpus*. Talvez seja válido interpor, de forma concomitante, agravo de instrumento, mas devemos ficar atentos ao fato de que cada ação ou recurso distribuídos possui um custo, que os órgãos de defesa, julgadores, etc se encontram assoberbados de processos. O entendimento de ser cabível agravo de instrumento, e não *habeas corpus*, talvez seja uma perigosa inovação que somente possa servir para sobrecarregar um pouco mais o serviço prestado.

Já no que concerne à validade da apresentação das ações, mencionamos que, aparentemente, a internação provisória vem sendo utilizada de forma indiscriminada, às vezes como forma de punição propriamente. As unidades de internação se encontram com três vezes a capacidade de internados, sendo que, no local, os internados correm risco de morte.

Nos últimos anos, no ambiente desta amostragem houve ao menos dois casos de internados que faleceram nas unidades. As condições das unidades violam os direitos de todos os que lá se encontram internados. Não há profissionais habilitados ou em número suficiente para o atendimento e, diante do quadro de desequilíbrio financeiro do Estado, já deparamos com informações de que faltou até alimento para os jovens, os quais, muitas das vezes, sequer têm espaço para dormir. Sendo assim, não nos parece haver outra alternativa, de resultado imediato, que não seja a utilização do *habeas corpus*, sendo, neste ponto, válido relembrar que parte do objeto deste estudo é a busca, nem que seja muito embrionária, de soluções para que o descumprimento das normas não se perpetue.

É importante ressaltar que o leitor se remeta aos anexos I e III, nos quais poderá verificar modelos de peças que podem ter sido utilizadas em casos concretos, que por força da

disposição do já mencionado artigo 184 do ECA tiveram os dados identificadores excluídos. Nos anexos II e IV, foram juntadas jurisprudências que podem ter relação direta com as peças apresentadas.

Cabe ainda mencionar que as peças representam as que foram interpostas da forma mais fidedigna possível, bem como foram redigidas/elaboradas no ambiente completamente desfavorável vivido pela maioria dos defensores públicos em atividade nas Varas de Infância do Estado do Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO

O longo processo, não linear, de conscientização acerca da centralidade da pessoa humana na limitação do poder do Estado e a história da posituação destes direitos vistos neste pequeno estudo, podem demonstrar que e as cotidianas afrontas demonstradas sugerem uma maior atenção para os instrumentos de defesa disponíveis, que talvez não estejam sendo utilizados em sua plenitude.

Muitos dos direitos reconhecidos possuem suas raízes no limite de registro e documentação da sociedade, que com suas naturais modificações chegaram aos dias de hoje colocando a figura humana como o centro de atenção e finalidade da sociedade.

Como vimos a Constituição tem a importante função limitadora e estabelecadora das obrigações do poder estatal, consoante os novos direitos fundamentais.

Nos tempos atuais, as cláusulas de abertura dos sistemas constitucionais, que transformam em normas constitucionais ou conferem força de supralegalidade aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, parece-nos desconhecidos por algumas das autoridades que possuem atribuição da defesa destes direitos no Brasil, a evidenciar a pertinência e importância da matéria aqui estudada.

Através da análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, notadamente, de seus elementos, demos início à formatação da argumentação jurídica no que pertine às obrigações dirigidas a todos os destinatários das normas, sejam elas revestidas da forma de regras ou princípios, estes, nas palavras de Alexy, ordenando a realização de algo na maior medida do possível, sendo que devemos atentar para o fenômeno da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, nos casos em concreto, dado aos constantes conflitos entre as normas.

Diante destes conflitos se faz necessária a interpretação da norma com o fim de identificar a sua estatuição, sendo que esta atividade terá cabimento na aplicação de normas primárias ou secundárias.

Como vimos, para a interpretação das normas de direitos fundamentais, apesar de podermos nos socorrer dos critérios clássicos de interpretação, há necessidade de conhecimentos específicos, de molde a possibilitar a compatibilização das normas diante da característica da unidade constitucional.

Assim, nos dias de hoje, sustentamos que não há para o aplicador a possibilidade do exercício puro e simples da discricionariedade, já que as decisões devem sempre ser devidamente justificadas juridicamente, podendo aquele se socorrer dos elementos/argumentos da interpretação de normas constitucionais, sempre obedecendo aos postulados lecionados pelo Professor Doutor Jorge Miranda, os da: unidade, identidade, adequação ou concordância prática, efetividade e supremacia da constituição.

Identificados a estatuição e o eventual conflito das normas de direitos fundamentais, deverá o operador do direito buscar através da hermenêutica um modo de compatibilizá-las,

para tanto, poderá utilizar-se dos critérios clássicos de solução de conflitos: cronológico, especialidade e hierarquia, observando as características de que a constituição é promulgada em um único momento e que suas normas possuem o mesmo nível hierárquico.

Caso não seja possível a compatibilização das normas, vimos que restará ao hermenêuta a ponderação como forma de resolução do conflito, recurso que deverá ser pautado por profunda reflexão e largas fundamentação e argumentação jurídicas, uma vez que deixará de aplicar uma norma constitucional vigente e válida.

Vistas estas questões ligadas à hermenêutica, passamos para o plano da legislação, onde buscamos o histórico do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que teve sua origem diante da necessidade identificada nas graves violações aos direitos humanos durante a segunda guerra mundial.

Vimos a criação da ONU, através da Carta das Nações Unidas, que transformou em interesse internacional o desrespeito aos direitos humanos por parte de um dos seus Estados-Membros. Sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos o instrumento, não vinculativo, mas de conteúdo moral dos Estados-Membros, que coloca o ser humano como a finalidade do Direito, devendo o homem, segundo os ensinamentos de Kant, ser analisado não como um instrumento para atingir-se um fim, mas como se fosse a própria pessoa que o analisa.

Para além dos instrumentos Universais, vimos também a existência dos instrumentos regionais de proteção, de modo a possibilitar o respeito pela particularidade de cada região do mundo, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, entre outros, cada um dotado dos seus instrumentos de proteção.

Como o nosso estudo possui um foco direcionado aos direitos das crianças e adolescentes, apesar de, como já dito, o todo servir para as mais diversas áreas do Direito, fizemos menção à normatividade internacional acerca dos direitos das Crianças e Adolescentes, entre eles, das Regras de Beijing, que são orientações para que os Estados-Membros promovam o bem estar do menor. Estas se revestem como um compromisso moral do Estado-Parte. Fizemos ainda uma breve análise da legislação do plano interno de Portugal e do Brasil.

Na sequência, no caminho para a aplicação da lei e na busca de sua efetividade, analisamos a atividade da subsunção, passando pela análise filosófica acerca da possível indeterminação da lei e de teorias como a da completude do direito e do espaço livre de direito. Analisamos ainda a discricionariedade e a obrigação de obedecer às leis segundo a visão de alguns autores, passando pelos casos onde a legislação não aponta para uma solução específica e pelos argumentos tidos como válidos para justificar as decisões.

Um grande problema que enfrentamos, para além dos que foram apontados neste estudo, é o da ausência de argumentação e fundamentação jurídica nas decisões. Assim fizemos um apanhado acerca da figura do juiz, nos utilizando dos modelos hipotéticos de juiz criados por François Ost, que remete-nos ao juiz perfeito, possuidor de conhecimentos

ilimitados. Este seria mais do que o mero resultado do somatório das demais figuras hipotéticas de juízes criadas pelo autor, Júpiter e Hércules.

Constatada a necessidade de conhecimentos específicos, vimos a posição do judiciário na independência dos poderes, apontando uma possível crise no modelo de separação dos poderes de modo a, aparentemente, colocar o juiz, ou o judiciário, no centro do direito.

Diante desta constatação, nos socorremos da análise da figura dos juízes ao longo da história, onde verificamos que na Grécia antiga os magistrados eram colocados em uma situação de dependência, de forma que cumpririam fielmente as tarefas a quais eram submetidos, sem questionar ou praticar rebeldias, com o fim de atender os interesses de quem os tinha escolhido.

Vimos que havia a magistratura pública e privada e passamos pela análise, ainda que breve, da jurisdição romana, na qual, dependendo do período, a jurisdição era constituidora ou declaradora dos direitos, na primeira o aplicador utilizava as leis com ampla discricionariedade.

A sociedade foi evoluindo até que houve a apropriação do Direito pelo Estado, havendo a substituição da lei para o caso concreto pela legislação de disposições gerais. Sendo este tópico importante para ilustrarmos a percepção de que em muitos dos casos, como os aqui demonstrados, temos os contornos da jurisdição no Brasil como a exercida no período clássico romano, em um aparente retrocesso de séculos.

Mencionamos um breve histórico do exercício da jurisdição através do processo, etapas da história onde a jurisdição era dividida, ora em pública ora em privada, até que a jurisdição passou a ser estatal e una.

Verificados os dados históricos, passamos a analisar os princípios limitadores da atividade jurisdicional atual, em um contraponto com a nossa percepção de que hoje estes limites não estão muito claros, chegando à menção ao ativismo judicial.

Por fim, fazendo um fechamento, fizemos uma breve análise acerca da produção da prova ao longo da história, do ônus probatório até chegarmos a parte prática.

Na parte prática, demonstramos através da análise da proteção ao vínculo familiar do portador de deficiência, nossa sugestão de raciocínio e de aplicação dos instrumentos internacionais no Brasil, notadamente, da regra prevista no artigo 23 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, regra esta que em nossa experiência tivemos como desrespeitada em inúmeras oportunidades.

Também através dos requisitos para a aplicação de medida socioeducativa sustentamos algo pouco debatido na teoria, e que, na prática, por uma série de fatores como falta de peritos, etc, não há espaço para o questionamento, que é o requisito psicológico como necessário para aplicação de medida socioeducativa por prática de ato infracional.

Por fim fizemos um breve apanhado das garantias processuais básicas, que temos como não observadas no dia a dia, que conduzem à ilicitude das provas produzidas.

No subtítulo que chamamos de experiência prática demonstramos a possível desconformidade de corriqueiras decisões com o preceituado em tratados internacionais, como o caso da internação provisória em virtude da prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de substâncias entorpecentes, ou em casos não previstos na legislação, bem como verificamos se os argumentos utilizados nas decisões possuem validade em conformidade com o estudo.

Com a análise dos casos remetemos o leitor às peças processuais dos anexos I e III, que fazem parte de nossas sugestões para o enfrentamento das questões no dia a dia e estas, por sua vez, nos remetem ao início do estudo.

Assim concluímos dizendo que tivemos um breve panorama dos direitos fundamentais destinados à infância e juventude e de importantes aspectos da norma, como sua estrutura e características, passando por alguns postulados de interpretação, pela própria legislação e questões filosóficas pertinentes à sua aplicabilidade.

Em conformidade com o aprendido com o Professor Doutor David Duarte, “embora seja justificável alguma carga emotiva, dado o conteúdo politizável da atividade no processo de dignificação da pessoa, os direitos consagrados não são vitória contra o Estado nem algo que deve ser obtido em um campo de batalha, mas apenas de situações jurídicas de vantagem atribuída pelo texto constitucional”.

Nesta linha, nosso posicionamento no decorrer deste estudo foi no intuito de buscar a posição de jurídica de vantagem das normas e, identificado o desrespeito, de apresentar formas técnicas de combate, seja por meio de argumentação ou de sugestões, ainda que cientes de que se trata de um projeto muito embrionário.

Conforme leciona o Professor Jorge Miranda, “Constituição vigente e efetiva é aquela que é vigente e efetiva hoje e para hoje”⁴²⁵.

Assim, nosso posicionamento é de que não há qualquer justificativa técnica para o descumprimento dos mais diversos direitos por parte de seus aplicadores, que possuem atribuição legal de garanti-los.

Não devemos deixar de mencionar que o nosso objetivo também é viver em uma sociedade mais igual e mais segura, sem que, para tanto, seja necessária a supressão de direitos, de forma que a finalidade venha a justificar os meios, colocando a pessoa humana em segundo plano. Acreditamos que o discurso justificador, associado a outros fatores, seja um fomentador para o desrespeito cotidiano dos direitos há muito reconhecidos.

Para uma compreensão global, não devemos deixar de mencionar aqui o amplo espectro dos direitos fundamentais como liberdade, propriedade, segurança, etc, que de tão

⁴²⁵ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Vol. I, Editora Coimbra, Portugal, 2014, p. 324.

vastos, são impossíveis de serem elencados, não só pela amplitude, mas também pela constante produção legislativa, de modo que todos esses direitos podem vir a estar em constantes conflitos.

A questão central de nosso estudo superou a análise das normas e dos argumentos tidos como válidos para a solução destes, sendo que, para além destas questões, demonstramos o possível desconhecimento dos direitos básicos por parte de alguns dos aplicadores brasileiros no dia a dia, notadamente da constitucionalidade ou supralegalidade dos tratados e instrumentos internacionais.

Tal desconhecimento acaba por ser um grande empecilho na busca da pretensão de universalidade das decisões, da concordância prática e da construção do núcleo essencial dos direitos nesta sociedade plural e multicultural em que vivemos, a transformar em interesse internacional as violações cometidas no ambiente interno brasileiro.

Para além disso, vimos que muitas pessoas podem estar perdendo a liberdade, a propriedade ou tendo seus direitos fundamentais mais essenciais violados, sem qualquer suporte na legalidade, simplesmente pelo exercício do puro arbítrio, nos moldes da jurisdição romana.

Acreditamos que alguns dos direitos aqui apresentados não sejam tão complexos de serem observados, como o direito ao silêncio, ao confronto ou do jovem se entrevistar com o seu defensor. A observância desses direitos já seria um bom primeiro passo para a implementação dos demais direitos consagrados, já que este reconhecimento da validade das normas internacionais, e da sua superioridade, poderá implicar na consequente observância da normatividade como um todo.

Sugerimos, com o objetivo de conferir a efetividade buscada, que nos casos concretos sempre sejam suscitados, na primeira oportunidade, os dispositivos legais dos tratados aplicáveis. Em nossa experiência prática, fizemos algumas relações dos textos legais acerca de determinados direitos, como as que seguem no anexo V e sempre que nos foi possível, as inserimos em assentadas e peças processuais.

Sugerimos também que, dentro da razoabilidade, sejam esgotados todos os recursos judiciais disponíveis, visto que também é direto dos jovens terem suas demandas analisadas em grau de recurso, em conformidade com o disposto na alínea b do inciso V do item 2 do artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Apontamos aqui que a Defensoria Pública possui relevante papel na defesa dos direitos fundamentais/humanos, já que, a nosso ver, algumas instituições que também possuem o mesmo múnus não estão tomando o devido cuidado com os direitos protegidos, como, por exemplo e entre muitos outros, o direito à nomeação de um representante ou advogado para assistir a criança na atuação como parte no processo no qual os genitores ou titulares do poder familiar estejam impedidos de representá-los, devido ao conflito estabelecido entre eles e a criança, ou mesmo no dia a dia nas Varas de Infância e Juventude conforme restou demonstrado.

Vale destacar que aqui não estamos procurando ou apontando culpados pelo perverso sistema atual e pelas violações costumeiras no Brasil; talvez todos os envolvidos no sistema o sejam. Temos plena ciência de respeitáveis posições diferentes das aqui sustentadas. Nossa tarefa, no entanto, foi localizar o problema e buscar soluções para que a normatividade seja respeitada; soluções estas que podem ser facilmente aceitas por todos os envolvidos na aplicação das normas, bastando, em caso de discordância, o simples respeito pela diversidade de opiniões juridicamente sustentáveis, que deve ser imposto.

Também não nos parece difícil que sejam tornados menos complexos os questionamentos de alguns desses direitos. Para tanto, bastaria a formação de um pequeno banco de dados de peças, ou trechos de peças, e jurisprudência sobre o assunto, para o questionamento em bloco por parte dos órgãos que lidam no dia a dia com as violações.

Certo é que deverá (deverão) ser traçada (s) estratégia (s) de atuação conjunta. Apesar de já termos visto louváveis iniciativas em termos semelhantes, como os enunciados do CDEDICA⁴²⁶ de 2003 e das orientações costumeiramente enviadas por este, as quais foram e são suscitadas muitas das questões objeto deste estudo. No entanto, fazemos a observação de que tais enunciados não tinham como foco a defesa convencional como a aqui sustentado.

Nesta linha de estratégia por nós sustentada, entendemos como importante a criação de um órgão centralizador, ou a fixação de atribuição de algum já existente, para o qual as eventuais violações, ou negativas de vigência, venham a ser enviadas, por meios eletrônicos atualmente disponíveis e de fácil acesso. Para tanto, bastará o envio de imagem com o destaque para trecho no qual houve a violação, acompanhada de uma ficha com os dados do jovem e de seus genitores, podendo ainda a mensagem ser instruída com a manifestação acerca do desejo do questionamento do caso no Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, e nos Organismos Internacionais, a possibilitar que as reclamações venham a ser mais efetivas.

Para o enfrentamento de alguns direitos, sugerimos, no próximo parágrafo uma sequência, sendo que mencionamos estarmos cientes de todas as dificuldades enfrentadas na atualidade, seja pela falta de pessoal a recursos. Neste momento, não podemos deixar de enaltecer e elogiar o trabalho desenvolvido pela Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, sendo este estudo apenas uma humilde tentativa de contribuir com nossa visão acerca do assunto.

Direitos a serem questionados nos casos concretos como: À entrevista com o defensor, silêncio ou ao confronto → Disponibilização de breves listas com a legislação a ser suscitada nas audiências ou peças e “sugestões” de trechos ou peças para fundamentação dos recursos, com a recomendação de sua utilização e esgotamento de recursos → Encaminhamento por parte de todos os agentes de imagem das violações, manifestação do envolvido, ou seu representante legal, para um departamento centralizador → Sugestão de que no segundo grau sejam esgotados os recursos, bem como buscadas alternativas para o acesso aos Tribunais

⁴²⁶ CDEDICA – Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Superiores, ex.: alegação do descumprimento do estabelecido na Súmula por meio de reclamação⁴²⁷ → Sugestão do envio de cópia das decisões paradigmáticas para o órgão centralizador.

De posse desses dados, devidamente arquivados, com o fim de instruir o relatório, o departamento poderá fazer um mapa constando as autoridades e quais direitos as suas decisões violam, bem como demonstrar que, muitas das vezes, não há como se chegar a questionar as decisões em todas as instâncias, como, por exemplo, a perda de objeto dos *habeas corpus*, de modo a possibilitar a dispensa deste requisito para o acesso ao comitê.

Os relatórios poderão demonstrar as violações por meio de uma amostragem ampla.

Tal forma de agir, sob o nosso ponto de vista, facilitará o acesso às cortes internacionais ou aos comitês em outros casos de violação.

Para além do aceso ao comitê, de posse desses dados, será mais fácil o questionamento em bloco das decisões, seja de primeiro ou segundo grau, ou mesmo através dos recursos constitucionais, já que a Defensoria Pública possui órgãos nos Tribunais Superiores, o que permite que o sistema se retroalimente com as informações fornecidas pelos agentes envolvidos.

Com este esquema/sistema não queremos que os questionamentos judiciais sejam efetuados de forma mecânica ou sem reflexão, mas criar um mecanismo uniforme e global de argumentação na busca da melhor solução para os casos enfrentados, tornando mais eficiente a atuação de todos os sujeitos envolvidos.

E assim concluímos o estudo com a esperança de termos contribuído com a análise histórica e com a apresentação de alternativas de atuação, em um tema pouco explorado pela doutrina brasileira.

A análise pode servir para o fomento da defesa técnica dos direitos consagrados, seja através do processo judicial ou dos mecanismos convencionais, bem como para a incrementação da argumentação jurídica das peças e do debate técnico.

Acreditamos ter suscitado questões pouco exploradas, como o requisito psicológico para a responsabilização infracional e da demonstração da norma constitucional de proteção ao vínculo familiar do deficiente. Embora não seja uma questão nova, demonstramos, ante ao aparente desconhecimento do tema por alguns dos aplicadores do direito, a suprallegalidade dos tratados que versam sobre direitos humanos infantojuvenis, apontando caminhos para possíveis questionamentos das violações.

Repetimos ao fim, que resta-nos a esperança de que respeito à diversidade de opiniões juridicamente sustentáveis e o respeito aos direitos consagrados sejam uma realidade.

⁴²⁷ Reclamação é o instrumento processual previsto na alínea f do inciso I do artigo 105 da Constituição brasileira, que tem o objetivo de garantir a autoridade das decisões dos tribunais superiores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Catarina. **As Nações Unidas, a Convenção e o Comité, Boletim do Ministério da Justiça**, números 83 e 84, Lisboa, 2001.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais – introdução geral**. Estoril, Principia, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Conceito e validade do direito**, tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

_____. *Juristische Interpretation*, Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main, p. 86. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso**, tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, apud, GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____.ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, Apud, VALE, André Rufino, **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Silvia. **As raízes setecentistas dos direitos humanos, direitos humanos e fundamentos em perspectiva**, coordenador Cláudio Brandão. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

_____. **Punir e humanizar: o direito penal setecentista**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

AMBROSIO, Luiz Carlos Junior. **Direito de resistência como forma de defesa dos direitos fundamentais e da legitimidade do poder**, relatório de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, disponível na biblioteca da Universidade.

AMENDOEIRA Jr., Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BAPTISTA, Ovídio. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, in **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXIII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família, uma questão de direito(s)**, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**, Coimbra, Almedina, 2010.

BRITO, Miguel Nogueira de. **Lições de introdução à Teoria da Constituição**, Lisboa, 2013.

BÜTTENBENDER, Carlos Frederico. **Direito probatório, preclusão & efetividade processual**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011.

CARIDADE, Pedro de Freitas; HOMEM, António Pedro Barbas, **Textos de Apoio de Histórias das Relações Internacionais**, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Manual sobre o que fazer em caso de violação dos direitos do cidadão**. Brasília, 2002.

CONCEIÇÃO, Hermes Siedler Jr.; PES, João Hélio Ferreira. **Os direitos das crianças e adolescentes no contexto histórico dos direitos humanos**, Direitos Humanos – Crianças e Adolescentes, coordenador João Helio Ferreira Pes, Curitiba: Editora Juruá, 2010.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**, Coimbra, Editora Almedina, 2015.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Síntese de filosofia do Direito**, Coimbra, Editora Almedina, Portugal, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUARTE, David. **Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais**, sumário fornecido na disciplina de Direitos Fundamentais C, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais**, AAFDL, Lisboa, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma questão de princípio**, tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

ECHANDIA, Hernando Devis, **Teoria General de La Prueba Judicial**, 5ª edição, Bogotá, Temis, 2002, apud CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**, coordenador Sven Peterke. Brasília, DF, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**, tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. **O pensamento jurídico de Norberto Bobbio**, in

BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

_____. Ficha informativa nº 10, Rev. I, sobre direitos humanos publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, Lisboa, 2012.

FONSECA, Antônio Carlos Duarte; MIRANDA, Anabela, **Comentário da Lei Tutelar Educativa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Garcia, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

GILISEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013.

GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. **A criança e a família, uma questão de direito(s)**, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionariade e reflexividade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, tradução A. Ribeiro Mendes, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.

HECK. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.61-76, apud, GAVIÃO, Anizio Pires Filho. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HESPANHA, António Manuel. **Terão os juízes voltado ao centro do direito?**, **Revista Julgar**, especial, Coimbra Editora, 2009.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Conceito de direitos humanos. Direitos humanos e fundamentos em perspectiva**, coordenador Cláudio Brandão. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

_____. **Judex Perfectus, função jurisdicional e o estatuto em Portugal** . Coimbra Editora Almedina, 2003.

_____. **O justo e o injusto**, editora A.A.F.D.U.L., Lisboa, 2005.

_____. CARIDADE, Pedro de Freitas; **Textos de Apoio de Histórias das Relações Internacionais**, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014.

JORDÃO, Carlos Alberto Rosa de Carvalho. **Menoridade e privação de liberdade no direito tutelar de menores**, Coleção *Scientia Iuridica*, Livraria Cruz, Braga, 1967.

KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Lisboa, Ed. 70, 1986, apud, CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**, Coimbra, Almedina, 2011, Portugal.

KANTOROWICZ, Hermann. **La Ciencia del derecho**, Editorial Losada, Argentina, 1949.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, tradução António Ulisses Cortês, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEITÃO, Helder Martins. **Dos princípios básicos em processo civil**, 2ª edição, Editora Almeida e Azeitão Ltda., Porto, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do Direito** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, J. Dias. **Introdução ao estudo do Direito**. 2 ed. Lisboa, 1994.

MARTELETO, Wagner Filho. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, João de Castro. **Introdução ao estudo do Direito**, 3ª edição, Pedro Ferreira Editora, Lisboa, 2010.

MIRANDA, Anabela; FONSECA, Antônio Carlos Duarte, **Comentário da Lei Tutelar Educativa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: introdução geral, apontamentos das aulas**, Lisboa, 1999.

_____. **Manual de Direito Constitucional**, v. I, Editora Coimbra, 2014.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

MORAES, Guilherme Pena. **Teoria da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NEVES, Ana Fernanda. Direitos das Pessoas Com Deficiência no Direito da União Europeia, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LI, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, Portugal, 2011.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**, **DOXA**, nº 14, 1993, p. 169-194. <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/>> Acesso em: 13 jun. 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**, tradução Jefferson Luiz Camargo.

São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RADBRUCK, Gustav. **Relativismo y derecho**, tradução Luis Villar Borda, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, trad. Carlos Pinto Correia, 3ª edição, Editora Presença, Lisboa, 2013.

REGLA, Josep Aguiló, **positivismo e postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras, Revista Doxa**, Espanha, volume 30, 2007.

RODRIGUES, Almiro Simões. Seminário "**Menores em risco numa sociedade em mudança**". Lisboa 11, 12 e 13 Novembro, 1992, Provedoria de Justiça, 1994.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Igualdade e ações afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil: Leituras complementares de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais** 4 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal parte general, tomo I**, traducción de la 2ª edição alemana Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas Ediciones, Madrid, 2006.

SANCHIS, Pietro. **Ley, principios y derechos fundamentales**, Dykinson, Madrid, 1998, apud VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Adolescente em conflito com a lei**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, v. III/I, München: C. H. Beck, 1988. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANEXO I – RECURSO DE APELAÇÃO

**EXMO. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA
COMARCA DE.**

Proc. nº

REPRESENTADOS, nos autos da **Representação** promovida pelo
Ministério Público, vêm respeitosamente, por meio _____,
apresentar recurso de **APELAÇÃO** contra a sentença de fls. 65/68.

Local, 11 de dezembro de 2015.

Razões do recurso:

Processo originário:

Apelantes:

Apelado: Ministério Público

Trata-se de representação promovida em face dos apelantes pela prática das condutas assemelhadas ao crime de roubo, sendo-lhes aplicada medida socioeducativa de internação, apesar de não haver provas válidas nos autos.

As questões ventiladas no recurso são: a do cerceamento de defesa ocorrido na audiência de continuação, em flagrante violação das disposições do inciso IV da alínea B do item 2 do artigo 40 da Convenção Sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo decreto 99.710/90⁴²⁸, item 7.1 das Regras de Beijing⁴²⁹, Alínea F item 2 do artigo 8 do Pacto de São José da Costa Rica, artigo 14.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e inciso II do artigo 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³⁰, fato que gera a nulidade do ato e, por via de consequência, implica na ausência de provas da autoria do ato, já que os demais depoimentos foram prestados por quem não presenciou o ato.

Resta ventilada também a desproporcionalidade entre a internação aplicada e o ato cometido, já que medidas restritivas de liberdade devem ser aplicadas em último caso e de forma excepcional. No caso em questão foi na primeira ou, próximo da primeira, oportunidade.

⁴²⁸ Artigo 40

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

⁴²⁹ 7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

⁴³⁰ Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

Sendo que, para a fixação da medida, deve ser levada em conta a conduta praticada e não a tipificação legal.

A conduta dos jovens está mais para rebeldia e irresignação do que para violência. A medida aplicada pode fomentar a revolta dos jovens e contribuir para ceifar-lhes de vez o futuro.

DA AUSÊNCIA DE PROVAS VÁLIDAS

Somente a confissão dos jovens efetuada na audiência de apresentação, dissociada de qualquer outro elemento probatório, não é o suficiente para a aplicação da medida de internação ante aos exatos termos do artigo 114 da Lei. 8.069/90⁴³¹, que exige prova suficiente da autoria e da materialidade do ato.

Não é só, conforme é cediço, o Código de Processo Penal é aplicável subsidiariamente, **no que for compatível**, aos feitos da Infância. Assim, conforme preceitua o artigo 197 do Código de Processo Penal⁴³², para haver a condenação, há necessidade de haver nos autos outros elementos de prova, diga-se de passagem, **válidos**.

Deve neste caso ser considerada a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, conforme preceitua o artigo sexto da Lei 8.069/90⁴³³, bem como o inciso V do parágrafo terceiro do artigo 227 da Constituição Federal⁴³⁴, sendo um ser humano em formação, não possuindo maturidade suficiente, podendo assumir a culpa do ato infracional por diversos fatores externos, tais como coação da polícia, do tráfico, etc.

DA ABERTURA DO SISTEMA E DA APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O MM juiz “a quo” ao enfrentar a questão do direito dos jovens de se confrontarem com os depoentes mencionou que não restou demonstrada a vigência, em conformidade com

⁴³¹ Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

⁴³² Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

⁴³³ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁴³⁴ V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

o que preceitua o artigo 337 do Código de Processo Civil, das normas que garantem tal direito.

Conforme veremos, através das cláusulas de constitucionalidade, ou de abertura constitucional, previstas nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, faz com que passem a integrar o sistema normativo brasileiro todos os tipos de documentos internacionais que versem sobre direitos humanos dos quais o país é signatário, não havendo assim, nas palavras do Doutor Professor Jorge Miranda um elenco taxativo de direitos fundamentais na Constituição.

Conforme também veremos, a posição consolidada do STF é de que os tratados ingressam no sistema normativo como normas supra legais, ou seja, imediatamente inferior à Constituição e superior a todo o ordenamento jurídico.

Salvo melhor juízo, a regra do Código de Processo Civil mencionada pelo MM juiz refere-se a questões de direito internacional privado. Aqui estamos tratando de direito interno público, por tal motivo, com as devidas vênias, não se mostra pertinente, nem cabível, a comprovação de regramento federal, cujo próprio artigo invocado na decisão prevê a presunção de conhecimento dos dispositivos de direito público interno e de ordem federal.

Caso não bastem estas alegações, basta para consultar a vigência da legislação federal digitá-las em um buscador, pode ser o Google, através da consulta facilmente se verificará o número dos decretos presidenciais que, de forma expressa, conferem eficácia no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Vejamos um pouco mais sobre o assunto:

Conforme é cediço o disposto no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição da Republica abre o sistema pátrio todos os tratados internacionais que venham a ser ratificados pelo Brasil, sendo certo que no caso de não ratificação, estes possuem força normativa interpretativa.

De toda sorte, ficamos com a ideia de que há um elenco sem fim de normas internacionais, umas com forças normativa, outras apenas como compromisso moral dos Estados Partes, sendo o caso das Regras de Beijing.

Os Estados, como no caso o Brasil, ao se tornarem parte das Nações Unidas se comprometem a respeitar as regras e orientações delas advindas, sendo que o eventual desrespeito às mesmas se transforma de interesse internacional. Daí que podemos falar de haver um compromisso moral.

De toda sorte, o entendimento consolidado pelo STF, após a análise da possibilidade de prisão do depositário fiel, é de conferir aos tratados natureza jurídica de norma supra legal, ou seja, uma normatividade colocada em nível hierárquico inferior ao da Constituição e acima da legislação ordinária, tornando inaplicável toda a legislação infraconstitucional com ela conflitante.

A posição que, como dito, foi fincada na análise da possibilidade da prisão do depositário infiel que encontrava-se em confronto com a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de pacto de São José da Costa Rica, através do recurso extraordinário 349.703-1, afastou a aplicabilidade do disposto na parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira que permitia a prisão do depositário infiel. Esta decisão foi um marco e indicou mudança no posicionamento do STF nesta matéria.

Vejamos o que foi dito pelos Ministros por ocasião do julgamento.

*“Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.”*⁴³⁵

*“Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.”*⁴³⁶

*“Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada”*⁴³⁷.

Esta decisão demonstra que o atual entendimento do STF se encontra em consonância com o artigo 27 da Convenção de Viena que ingressou no sistema normativo brasileiro por força do decreto 7.030/2009, e veda a alegação do Estado fundada em seu direito interno para

⁴³⁵ Frase extraída da fl. 19, do voto Min. Cezar Peluso, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.

⁴³⁶ Frase extraída da fl. 27, do voto Min. Cezar Peluso, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.

⁴³⁷ Frase extraída da fl. 28, do voto Min. Cezar Peluso, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.

justificar eventual inadimplemento de um tratado.

Cabe ainda dar destaque ao dito pelo Ministro Celso de Mello, nos autos do HC 87.585-8 TO, também na apreciação da questão acerca da possibilidade de prisão civil do depositário infiel: “É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”.

Cabe ser esclarecido neste sentido que Regras de Beijing, ou seja, as Regras Mínimas da ONU para a administração da Justiça de Menores possuem força normativa de orientação aos Estados Membros da ONU, sendo este um importante e moderno instrumento para a proteção internacional dos jovens em conflito com a lei. Sendo recomendável, não só a aceitação das orientações das Regras de Beijing, como também de todas as diretrizes destinadas ao atendimento infantojuvenil emanadas da ONU.

DA INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ARTIGO 217 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Assim, não há como prevalecer a interpretação e a assertiva constante na decisão recorrida de que a regra aplicável ao depoimento da vítima é a do artigo 217 do Código de Processo Penal, por uma série de fundamentos.

Inicialmente pelo critério da especialidade a norma aplicável será sempre aquela que possui âmbito de atuação mais restrito, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que possui regra específica prevista no inciso segundo do artigo 111 no que pertine ao direito do jovem se confrontar com o depoente.

Não é só, conforme o já mencionado, o atual entendimento do STF, em conformidade com o que dispõe o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal⁴³⁸, é de que os tratados e convenções que não ingressaram no sistema normativo em conformidade com o disposto no parágrafo terceiro, também do artigo quinto da Constituição, possuem eficácia normativa supra legal, ou seja, com nível hierárquico inferior ao da Constituição, porém,

⁴³⁸ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

superior ao de toda legislação. Desta forma, há derrotabilidade do invocado artigo 217 do Código de Processo Penal, neste caso específico de conflito aparente de tipos normativos, uma vez que possui hierarquia inferior à disposição semelhante prevista no do inciso IV da alínea B do item 2 do artigo 40 da Convenção Sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo decreto 99.710/90⁴³⁹.

DA SUPERLOTAÇÃO DAS UNIDADES

Ademais, conforme mencionado em diversos feitos, como, por exemplo, à fl.109 do feito 0031184-18.2015.8.19.0042, a unidade de internação “*permaneceu durante todo esse período com sua capacidade máxima excedida em três vezes e com equipe de profissionais reduzida*” de molde que, não só a decisão que determinada a internação pode estar a violar alguns dos direitos fundamentais dos jovens, mas também a própria execução da medida, já que o inciso primeiro do artigo 15 da Lei 12.594/12⁴⁴⁰ determina que as unidades de internação possuam instalações adequadas, bem como o artigo 28 da mesma Lei⁴⁴¹ fixa sanções para os responsáveis pelo descumprimento, sendo ainda que em conformidade com o artigo 125 da Lei 8.069/90⁴⁴², é obrigação do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, não sendo difícil imaginar que os jovens internados em unidades superlotadas estejam sofrendo toda sorte de violações de seus direitos e em evidente situação de risco a exigir uma enérgica e imediata atuação dos Poderes constituídos com o fim de interromper as violações.

⁴³⁹ Artigo 40

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

⁴⁴⁰ Art. 15. São requisitos específicos para a inscrição de programas de regime de semiliberdade ou internação:

I – a comprovação da existência de estabelecimento educacional com instalações adequadas e em conformidade com as normas de referência;

⁴⁴¹ Art. 28. No caso do desrespeito, mesmo que parcial, ou do não cumprimento integral às diretrizes e determinações desta Lei, em todas as esferas, são sujeitos:

I – gestores, operadores e seus prepostos e entidades governamentais às medidas previstas no inciso I e no § 1º do art. 97 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); e

II – entidades não governamentais, seus gestores, operadores e prepostos às medidas previstas no inciso II e no § 1º do art. 97 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁴⁴² Art. 125. É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.

DA FALTA DOS RELATÓRIOS

Ao fim, em conformidade com o preceituado nos itens 16.1 e alínea C do item 17.1⁴⁴³ das Regras de Beijing⁴⁴⁴, há necessidade de haver amplo, prévio e cuidadoso estudo social do caso para balizar a aplicação da medida de internação, não preenchendo, nem de longe, estes requisitos os relatórios acostados às fls. 80/81.

COM RELAÇÃO À MOTIVAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO

Ao motivar a aplicação da internação restou asseverado que a medida atenderá à necessidade de afastar os jovens infratores do convívio com a criminalidade e do ambiente permissivo e maléfico que vivem, que a internação servirá para a ressocialização dos jovens.

Com relação a estes argumentos, podemos mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente revogou integralmente o Código de Menores, não havendo mais a possibilidade de punição pela simples situação irregular. Nos dias de hoje, somente a prática de um ato infracional justifica a punição de um jovem.

Com relação à questão da ressocialização dos jovens, já que a decisão dá a entender que a internação seria uma forma, podemos sustentar que não há qualquer sentido na afirmação de punir os jovens para protegê-los, pois se sabe que as unidades de internação estão com sua capacidade excedida em três vezes, que muitos dos jovens internados sequer passam do centro de triagem, dormem no chão, se alimentam mal e vivem em ambiente insalubre, a afrontar dezenas de direitos fundamentais, não sendo crível o entendimento de que a inserção de jovens em tal ambiente irá servir para sua ressocialização.

Ainda neste sentido, como bem anotou o Ministro Sepúlveda Pertence nos autos do RE 285571, “além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil – é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti – a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso – da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade”.

⁴⁴³ b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível;

⁴⁴⁴ 16.1 Para facilitar a adoção de uma decisão justa por parte da autoridade competente, a menos que se tratem de infrações leves, antes da decisão definitiva será efetuada uma investigação completa sobre o meio social e as circunstâncias de vida do jovem e as condições em que se deu a prática da infração.

Juridicamente, uma vez que estamos em sede de restrição de direitos fundamentais, apesar de aparentemente não haver questionamentos acerca do conflito de normas, diante da compressão máxima dos direitos do jovem, podemos utilizar os requisitos da técnica da ponderação lecionados por Alexy, ou seja, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para demonstrar a necessidade a inconveniência da medida, vejamos:

Em conformidade com o alegado, de que o ambiente das unidades não são, em hipótese alguma, local de educar ou ressocializar alguém, a medida de internação se demonstra como meio inadequado para fim buscado pela decisão, sendo que a decisão deve, para fins de validade, demonstrar de forma evidente que a medida é meio eficiente para atingir o fim pretendido.

Com relação ao requisito da necessidade, não foi tentada em conformidade com o disposto no item 4 do artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁴⁵, outra forma de “ressocializar” o jovem, seja através da colocação do mesmo, de forma provisória, na guarda de um membro da família extensa que venha a residir em outro local, seja através da imposição de medida mais branda, baseada na auto disciplina e responsabilidade do jovem, enfim, aplicada uma medida compatível com o fato de ser a primeira passagem, ou mesmo segunda. Sendo certo que a medida de internação deve ser utilizada como último recurso, conforme preceitua a alínea B do artigo 37 da Convenção Sobre os Direitos da Criança⁴⁴⁶, aqui a internação foi utilizada na primeira passagem do jovem, ou seja, na primeira oportunidade.

Com relação ao requisito da proporcionalidade, resta evidente que a internação do jovem, além de não se mostrar como meio adequado a sua ressocialização, também não se mostra como meio adequado de promover sua segurança⁴⁴⁷, sendo certo que para este requisito, quanto maior for a afetação do direito do jovem, maior terá de ser a satisfação do direito contraposto, fato este que não se verifica.

DO PEDIDO

Deste modo é o presente recurso para requerer inicialmente o conhecimento e o

⁴⁴⁵ 4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

⁴⁴⁶ b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

⁴⁴⁷ No ultimo ano pelo menos dois jovens foram torturados e mortos em unidades de internação, sendo um, especificamente, morto na Unidade de Internação João Luis Alves no Estado do Rio de Janeiro.

provimento do agravo retido apresentado por ocasião da audiência de fls. 65/68. Após, diante dos fundamentos veiculados, requer a reforma da decisão atacada com o fim de ser julgado improcedente o pedido já que não há nos autos provas válidas das condutas imputadas aos apelantes, devendo as provas produzidas ao arrepio dos direitos fundamentais serem desentranhadas em conformidade com o que determina o artigo 157 do Código de Processo Penal⁴⁴⁸ e, por fim, caso venham a ser superados todos os argumentos, requeiro que seja reformada a decisão para aplicar medida diversa da restritiva de liberdade.

Local, 11 de dezembro de 2015.

⁴⁴⁸ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

ANEXO II – JURISPRUDÊNCIA SOBRE A APELAÇÃO

0036921-02.2015.8.19.0042 – APELAÇÃO

Julgamento: 16/03/2016 – OITAVA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, EM QUE SE ARGUI PRELIMINAR DE NULIDADE DOS DEPOIMENTOS, MEDIANTE A INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO. NO MÉRITO, INSURGE-SE A DEFESA CONTRA A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO E REQUER, SUBSIDIARIAMENTE, O ABRANDAMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. Do agravo retido: **o simples fato de os apelantes terem sido retirados da sala de audiência durante o depoimento da vítima não se mostra suficiente a caracterizar cerceamento de defesa**, na medida em que tanto os representantes legais dos adolescentes quanto o ilustre defensor público permaneceram presentes durante todo o ato, a quem foi facultado contraditar o ofendido. **Não houve nenhuma violação ao Estatuto da Criança e do Adolescente ou aos diversos tratados internacionais mencionados nas razões de apelação**, cujas regras destinam-se, em última análise, a assegurar o contraditório e a ampla defesa ao menor infrator, ao lhe permitir inquirir testemunhas ou vítimas, o que foi garantido por meio do defensor público. Segundo se infere dos diversos artigos citados pela defesa, **não há nenhuma vedação legal que impeça o defensor público ou o advogado de inquirir vítimas e testemunhas em vez do próprio adolescente**, sobretudo quando se tratar de ato infracional praticado mediante violência, do qual tenha resultado temor ao ofendido. Ao invés do afirmado pela defesa, nos termos do artigo 152 da Lei nº 8.069/90, **os procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente**, inclusive o Código de Processo Penal, **cujo artigo 217 autoriza expressamente o juiz a determinar a retirada do réu da sala de audiência durante a inquirição de vítima ou testemunha, com a finalidade de preservá-la** de possível humilhação, temor, ou sério constrangimento. Diante dessa realidade, conclui-se que o douto Julgador garantiu a paridade de armas a ambas as partes e evitou, por consequência, eventual desequilíbrio processual, não apenas durante a audiência de continuação, mas também ao longo de todo o processo. Além de não ter havido violação ao contraditório e à ampla defesa, **não consta dos autos nenhum prejuízo decorrente do ato judicial impugnado**, o que impede a declaração de nulidade dos depoimentos prestados em Juízo, em prestígio ao princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no artigo 563 do Código de Processo Penal. Do pedido de improcedência da representação: a materialidade e a autoria infracionais foram absolutamente comprovadas no caso em tela, notadamente pelos depoimentos prestados em Juízo, aos quais corroboram as demais provas do processo: auto de apreensão de adolescente, termos de declaração, auto de apreensão, auto de entrega, laudo de exame de avaliação indireta, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da representação. Com o fim da instrução, restou incontroverso que os apelantes desferiram contra a vítima um golpe sufocante no pescoço e uma joelhada na testa, como forma de possibilitar a subtração de um iPhone 4S, avaliado em R\$ 800,00. Da internação: o MM Juiz analisou com o devido cuidado as questões postas a seu julgamento, exteriorizando as razões de fato e de direito que o convenceram a fixar a internação. Deveras, a substituição da internação pela semiliberdade ou liberdade assistida mostra-se absolutamente inviável no caso em tela. **As medidas socioeducativas previstas na Lei nº 8.069/90 são desprovidas de caráter punitivo, porquanto visam, precipuamente, à proteção e à reeducação do menor infrator, e não à retribuição pela prática de conduta típica**, como ocorre com as penas

aplicáveis aos delitos e contravenções. A aplicação dessas medidas pressupõe a aferição da capacidade do adolescente em cumpri-las, bem como as circunstâncias e a gravidade da infração, conforme preceitua o artigo 112, § 1º, do aludido diploma legal. Como se depreende dos autos, as circunstâncias em que se deram os fatos depõem contra os adolescentes, cujas condutas se revelam gravíssimas. A gravidade do ato infracional análogo ao crime de roubo afigura-se inquestionável, o que autoriza a aplicação da medida de internação, sobretudo quando as circunstâncias do ato e as condições pessoais dos menores lhe são desfavoráveis, como no caso vertente. O adolescente P. R. C. H. J. tem contra si outros feitos em trâmite no Juízo de origem, e nem sequer teve tempo de iniciar a progressão de outra medida socioeducativa que lhe fora aplicada, uma vez que voltou a praticar ato infracional, o que revela uma absoluta ausência de autoridade sobre a vida do recorrido, a quem se impõe a internação, com vistas a retirá-lo do meio pernicioso em que se encontra. O apelante P. G. B., a seu turno, não respeita o próprio genitor, o qual não teve dúvidas em afirmar, sob o crivo do contraditório, que seu filho **„abandonou a escola, dorme o dia inteiro e à noite sai para as ruas para "fazer besteira"; que não é a primeira vez que o jovem se envolve em confusões; que já esteve na delegacia em razão de investigação policial por possível furto de veículo; que PATRICK anda em companhia de pessoas de conduta inadequada„**. Como se não bastasse, a medida de internação para os casos de atos infracionais cometidos por meio de violência encontra-se expressamente prevista no artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que autoriza, por si só, a sua aplicação na hipótese dos autos. Precedentes: RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.⁴⁴⁹ (grifos nossos)

⁴⁴⁹ <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=11612&PROCESSO=201605001435>> Acesso em: 6 out. 2016, 20:00.

ANEXO III – INICIAL DE *HABEAS CORPUS*

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR 2º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – RJ**

vem, com amparo no art. 5º, *caput*, XXXV, LIV, LV, LXVIII e LXXIV da Constituição da República, impetrar **HABEAS CORPUS (com pedido de liminar)** em favor do paciente _____, contra ato coativo ilegal do **JUÍZO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA** _____, no processo de nº _____, pelos fundamentos de fato e de Direito que passa a articuladamente expor.

DOS FATOS

Trata-se o ato coator de decisão de internação provisória em face do paciente, nos autos da representação por infração análoga ao crime de tráfico de drogas, processo este de nº _____, que tramita perante a Vara de Infância, de Juventude e de Idoso da Comarca de _____.

Narra-se na representação que o jovem, com o fim de praticar ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes, possuía em depósito, 02 (dois) tablets contendo erva seca, picada perfazendo o total de 1,5g (um grama e cinco decigrama) de material identificado como sendo *Cannabis Sativa*, além de material destinado a embalagem e armazenagem de entorpecentes, 01 (uma) munição da marca CBC, calibre.40 e (01) uma munição marca não identificada, calibre.50. Diante dessas informações, concluiu o *parquet* que o representado teria incorrido em atos infracionais análogos aos crimes descritos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06, e art. 16 da Lei 10.826/03, n/f do art. 69 do CP.

Diante dos fatos, o Juiz “a quo” entendeu pela internação provisória do adolescente na Audiência de Apresentação, mesmo sendo a primeira passagem do adolescente, conforme decisão de fls. 33/34.

Sob o nosso ponto de vista a medida se mostra sem amparo na legalidade e inadequada ao caso concreto, senão vejamos, conforme certidão de fl. 25, o jovem não possui antecedentes infracionais, sendo assim esta é a primeira passagem do adolescente por suposto cometimento de ato infracional.

BREVE INTRODUÇÃO

Para vivermos efetivamente em um estado Democrático de Direito as instituições Estatais devem se sujeitar, minimamente, ao princípio da legalidade, se não estaremos em um ambiente, pouco desejável, de leis e constituições semânticas.

No caso em questão podemos, fazendo uma pequena digressão desde a formação do constitucionalismo e dos direitos e garantias fundamentais, verificar que estes são uma verdadeira barreira, ou limitação, contra os poderes do Estado.

Apesar de muito termos avançado no duro processo histórico de respeito aos direitos inerentes à pessoa humana, houve e há sérias violações aos Direitos Fundamentais em nosso País, sendo que muitas destas violações partem exatamente daqueles que deveriam garantir estes direitos.

Desde as Ordenações do Reino de Portugal até hoje a normatividade infantojuvenil evoluiu de modo que hoje temos, o não tão novo, Estatuto da Criança e do Adolescente, que rompeu com os paradigmas do Código de Menores que implementara a infeliz doutrina da situação irregular, postura inaceitável, porém concebível por estarmos vivendo à época a ditadura militar.

Sob a vigência do Código de Menores a pobreza o risco moral e a inaptidão comunitária eram passíveis de aplicação da medida de internação, *ex vi* dos artigos⁴⁵⁰ segundo e 41⁴⁵¹ da revogada Lei 6.697/79.

⁴⁵⁰ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
 II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
 III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

Atualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente acabou com esta doutrina e estabeleceu como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal⁴⁵², acabando assim com a possibilidade de punir atitudes dos jovens que não sejam típicas, estando esta norma em consonância com o que dispõe a alínea A do item 2 do artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁵³.

A normatividade, notadamente a Constituição através do disposto no inciso V do parágrafo terceiro do artigo quinto⁴⁵⁴, reconhece que o jovem necessita de atenção especial dado a sua falta de maturidade e que é obrigação do Estado a proteção dos jovens contra o uso e tráfico de drogas e substâncias psicotrópicas⁴⁵⁵.

Como bem sustenta o Ilmo. jurista português David Duarte, embora seja justificável alguma carga emotiva, dado o conteúdo politizável da atividade no processo de dignificação da pessoa, os direitos consagrados não são vitória contra o Estado nem algo que deve ser obtido em um campo de batalha, mas apenas de situações jurídicas de vantagem atribuída pelo texto constitucional. Assim, o aqui invocado é de que sejam simplesmente observadas as normas e os cânones interpretativos.

Nesta ação debatemos, de forma principal, o cabimento, ou não, de internação provisória/internação em atos infracionais não abrangidos pelo dispositivo do artigo 122 da Lei 8.069/90⁴⁵⁶. Bem como analisar os argumentos da decisão judicial em conformidade com a legislação aplicável.

Com relação à norma prevista no artigo da Lei 8.069/90 que permite a internação de jovens, podemos dizer que a mesma é clara, não havendo necessidade de interpretação para

⁴⁵¹ Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

⁴⁵² Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

⁴⁵³ a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

⁴⁵⁴ Obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

⁴⁵⁵ Artigo 33 – Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

⁴⁵⁶ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

verificar o seu alcance, uma vez que com a simples leitura do enunciado normativo, utilizando-nos da linguagem cotidiana, verificamos seu claro significado.

Devemos ficar atentos, segundo menciona Alexy, que de posse do significado da norma deve o hermeneuta justificar juridicamente a escolha efetuada, estando à disposição deste os elementos de interpretação (ou argumentos) e as regras de interpretação, sendo que se deve, entre outras regras, presumir que o legislador consagrou as decisões acertadas, soube exprimir o seu pensamento e que a lei não impõe impossíveis.

De outro lado, apesar de aparentemente não ter sido suscitado no ato combatido de forma explícita qualquer conflito normativo a justificar o afastamento da aplicabilidade da norma, analisaremos os argumentos utilizados pela autoridade coatora para justificar sua forma de proceder.

A motivação da decisão atacada é, conforme já mencionado:

1- Que apesar do jovem não possuir outras passagens, a mesma não estuda, nem exerce atividade laborativa e que apesar de possuir 16 anos ainda está no 7º ano. Que há necessidade de afastar os jovens infratores do convívio com a criminalidade e do ambiente permissivo e maléfico que vivem, a encantá-los pelo mundo das drogas. Que a internação serve para o jovem refletir acerca das consequências danosas que podem advir de sua conduta, favorecendo assim a ressocialização.

Com relação a estes argumentos, já restou mencionado no decorrer desta peça que o Estatuto da Criança e do Adolescente revogou integralmente o Código de Menores, não havendo mais a possibilidade de punição pela simples situação irregular. Nos dias de hoje, somente a prática de um ato infracional justifica a punição de um jovem.

Com relação à questão da “cobrança” de ressocialização dos jovens, já que a decisão dá a entender que a internação seria uma forma, podemos sustentar, para além da questão do Judiciário ser um Poder que está acima de qualquer pressão, qualquer que seja sua origem, não podendo se submeter a qualquer tipo de chamamento por parte da sociedade, muito menos utilizar tal como justificação de sua forma de agir, em virtude de seu compromisso ser com a legalidade e não com a opinião pública, que não há qualquer sentido na afirmação de punir os jovens para protegê-los, pois se sabe que as unidades de internação estão com sua capacidade excedida em três vezes, que muitos dos jovens internados sequer passam do centro

de triagem, dormem no chão, se alimentam mal e vivem em ambiente insalubre, a afrontar dezenas de direitos fundamentais, não sendo crível o entendimento de que a inserção de jovens em tal ambiente irá servir para sua ressocialização.

Ainda neste sentido, como bem anotou o Ministro Sepúlveda Pertence nos autos do RE 285571, “além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil – é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti – a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso – da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade”.

Juridicamente, uma vez que estamos em sede de restrição de direitos fundamentais, apesar de aparentemente não haver questionamentos acerca do conflito de normas, diante da compressão máxima dos direitos do jovem, podemos utilizar os requisitos da técnica da ponderação lecionados por Alexy, ou seja, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para demonstrar a necessidade da concessão da ordem, vejamos:

Em conformidade com o alegado, de que o ambiente das unidades não são, em hipótese alguma, local de educar ou ressocializar alguém, a medida de internação se demonstra como meio inadequado para fim buscado pela decisão, sendo que a decisão deve, para fins de validade, demonstrar de forma evidente que a medida é meio eficiente para atingir o fim pretendido.

Com relação ao requisito da necessidade, não foi tentada em conformidade com o disposto no item 4 do artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁵⁷, outra forma de “ressocializar” o jovem, seja através da colocação do mesmo, de forma provisória, na guarda de um membro da família extensa que venha a residir em outro local, seja através da⁴⁵⁸ imposição de medida mais branda, baseada na auto disciplina e responsabilidade do jovem, enfim, aplicada uma medida compatível com o fato de ser a primeira passagem. Sendo certo que a medida de internação deve ser utilizada como último recurso, conforme preceitua a alínea B do artigo 37 da Convenção Sobre os Direitos da Criança⁴⁵⁹, aqui a internação foi

⁴⁵⁷ 4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

⁴⁵⁸
⁴⁵⁹ b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

utilizada na primeira passagem do jovem, ou seja, na primeira oportunidade.

Com relação ao requisito da proporcionalidade, resta evidente que a internação do jovem, além de não se mostrar como meio adequado a sua ressocialização, também não se mostra como meio adequado de promover sua segurança⁴⁶⁰, sendo certo que para este requisito, quanto maior for a afetação do direito do jovem, maior terá de ser a satisfação do direito contraposto, fato este que não se verifica.

2- Que a sociedade local vem sentindo-se ameaçada pelos atos infracionais cometidos e cobra uma atitude deste no sentido de conter as ações.

A atividade fim do Judiciário é de aplicar leis, questões como segurança são afetas ao Poder Executivo. Apesar de, reconhecidamente, poder haver algumas políticas estratégicas nas decisões judiciais, estas devem se revestir de submissão à legalidade. Vale aqui citar Dworkin que menciona que alguns argumentos somente são válidos em casos onde a normatividade não aponta para uma solução, o que não é o caso.

Continuando, menciona o autor que há duas espécies de argumentos, de política e de princípio. Os argumentos de política objetivam proteger um bem comum como um todo, já os argumentos de princípio demonstram que a decisão respeita os direitos individuais.

Para o autor o aplicador da lei, validamente, somente pode utilizar argumentos de princípio.

É inquestionável que a questão do uso e tráfico de drogas deve ser debatida seriamente por toda a sociedade. A questão das drogas pode ser um dos maiores desafios enfrentados hoje pela sociedade brasileira. No entanto, entendemos que este imprescindível debate deva ocorrer no ambiente adequado e com a intervenção dos mais diversos seguimentos da sociedade e não através de decisões judiciais e seus recursos.

3- Que a Súmula 492 não tem efeito vinculante e que o crime de tráfico de drogas é revestido de violência em face da coletividade.

Aparentemente o direito em questão não se mostra controverso, ou há espaço para discricionariedade. Com efeito, estão à disposição do aplicador da lei uma série de medidas entre as quais pode o aplicador escolher uma, ou mesmo cumulá-las, havendo, nos dizeres de Kelsen, uma moldura na qual pode o aplicador agir livremente. Porém, ao nosso ver, aqui

⁴⁶⁰ No último ano pelo menos dois jovens foram torturados e mortos em unidades de internação, sendo um, especificamente, morto na Unidade de Internação João Luís Alves no Estado do Rio de Janeiro.

agiu-se fora da moldura.

Dworkin coloca ao discorrer sobre a discricionariedade criou a figura do juiz Hércules que “aceita que as leis têm o poder de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever de seguir as decisões anteriores de seu tribunal e dos tribunais superiores”⁴⁶¹.

Apesar da Súmula não possuir efeito vinculante, é de bom tom o acatamento de seus ditames, por uma série de argumentos jurídicos, ou metajurídicos, ainda mais em um Estado que parece estar sofrendo as sérias consequências da desobediência às leis.

Os precedentes do STJ além de resguardar a legislação infraconstitucional, possuem a grande finalidade de manter o Estado coeso com a aplicação uniforme das leis, isso com fundamentos políticos de coesão e, jurídicos, de igualdade, para não haver tratamento de pessoas diverso em situações semelhantes, além, por certo, da observância do princípio da legalidade.

Sob o nosso ponto de vista, e com as devidas vênias, não há qualquer razoabilidade na argumentação utilizada como justificativa para o descumprimento do enunciado da súmula. Com efeito, da simples leitura dos acórdãos que deram origem ao enunciado verifica-se que os mesmos enfrentam e rechaçam todos os argumentos ventilados na r. decisão combatida como justificativa para o não acatamento do precedente.

Vejamos alguns exemplos:

Trecho da decisão combatida:

“Nos dias atuais é impossível não se admitir que o comércio de drogas é um crime revestido de imensa violência, senão diretamente contra determinada pessoa, mas efetivamente em face de toda a coletividade”.

Trecho de acórdão proferido pela Eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura que deu origem à Súmula:

HC 157.364-SP: “Perante esta corte é pacífico o entendimento no sentido de que, não verificada qualquer das hipóteses, a medida de internação mostra-se incabível, mormente ao ato infracional análogo ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, que não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa”.

Em outro trecho a mesma Ministra ao julgar o HC 180.924-RJ assim expôs:

“O ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a despeito da

⁴⁶¹ Levando os direitos a sério, p. 165.

sua natureza hedionda, não dá ensejo, por si só, à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa”.

O entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não destoa, sendo entendido que a internação baseada tão somente em infração análoga ao crime de tráfico configura constrangimento ilegal, conforme decidido no HC 00442579120128190000 RJ 0044257-91.2012.8.19.0000, Relator: DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ, Data de Julgamento: 25/09/2012, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 27/03/2013.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de *habeas corpus* em face do mesmo juízo coator, assim já se manifestou:

“APELAÇÃO – ECA – ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO COM APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO – RECURSO DEFENSIVO – MODIFICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA PARA LIBERDADE ASSISTIDA – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 122, ECA – PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO – UNÂNIME. Ao apelante foi imputada a conduta comportamental análoga ao art. 33, "caput" da Lei 11343/06 – tráfico de entorpecentes – e art. 35 da Lei 11343/06 tendo sido aplicada medida socioeducativa de internação. Ocorre que tal medida socioeducativa somente pode ser aplicada quando presentes as hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do ECA. É certo que o caso em comento não se enquadra em nenhuma das hipóteses taxativas do artigo 122 do Estatuto Menorista, na medida em que a conduta do apelante não se reveste de violência ou grave ameaça, e também não se encaixa naquelas inseridas nos incisos I e II do dispositivo legal retromencionado. A Justiça da Infância e da Juventude tem por escopo proteger o adolescente que praticou o ato infracional, estimulando a abandonar a prática de tais atos. As medidas socioeducativas não podem ser interpretadas como sanção penal, pois a legislação tem o fito de proteger o adolescente como pessoa em desenvolvimento. Por tais razões, se deve prestigiar a convivência familiar e comunitária PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO. POR MAIORIA. [Relatora ELIZABETH GOMES GREGORY – SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL. Data de julgamento: 06/10/2014; data de publicação: 10/10/2014.”

Segundo a norma prevista no inciso LXVIII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Paciente está sofrendo coação ilegal, fazendo jus que seja a mesma imediatamente sanada por meio do remédio jurídico ora utilizado.

DO PEDIDO DE LIMINAR

Diante do demonstrado, se mostra necessária a concessão da medida liminar com o fim de assegurar o direito de locomoção do Paciente claramente violado no presente caso, diante da ilegalidade e ausência de fundamentação e motivação do ato combatido. Assim sendo, faz-se mister que a ordem seja concedida de imediato, que ora se requer.

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, demonstrada de forma inequívoca a presença dos pressupostos necessários à concessão da liminar, quais sejam *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, restando sobejamente comprovada a impossibilidade da aplicação da medida de internação provisória ou definitiva ao Paciente, requer que seja concedida a liminar para determinar a liberação do adolescente por não ser o caso em comento hipótese legal de aplicação da medida de internação, e, ao final concedida a ordem, para que cesse, de forma definitiva, a coação ilegal imposta à liberdade de locomoção do Paciente, sob pena de violação dos artigos 227, §3º, V da Constituição Federal, 121 e 122 do ECA e ainda art. 5º, LIV, e súmula 492 do STJ.

De forma sucessiva, para o caso de perda do objeto de parte do pedido em virtude de eventual aplicação da medida por ocasião da audiência de continuação, requer-se também a concessão da ordem para determinar que não seja aplicada medida socioeducativa restritiva de liberdade ao final do processo.

Local, 27 de outubro de 2016.

ANEXO IV – JURISPRUDÊNCIA SOBRE O *HABEAS CORPUS*

0001057-92.2016.8.19.0000 – HABEAS CORPUS

Julgamento: 16/02/2016 – SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS. ECA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA, EM RAZÃO DA SUPOSTA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. NA REPRESENTAÇÃO AJUIZADA O MINISTÉRIO PÚBLICO EM RAZÃO DE SUPOSTA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO CONSTANTE NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. O NOBRE IMPETRANTE AFIRMA QUE, A ILUSTRE AUTORIDADE COATORA, EM EQUÍVOCO DETERMINOU A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DA ADOLESCENTE. ADUZ QUE DECISÃO MENCIONADA DEIXA DE SER LEGALMENTE AUTORIZADA, ALÉM DE DESPROPORCIONAL PELA FALTA DE RAZOABILIDADE, CONSIDERADA A CAUSA QUE EXIGIRÁ MEDIDA DIVERSA E MENOS SEVERA. ALÉM DISSO, A AUTORIDADE COATORA ENTENDEU AINDA, PELA NECESSIDADE DE AFASTAR A ADOLESCENTE DO CONVÍVIO COM A CRIMINALIDADE E DE UM AMBIENTE PERMISSIVO MALÉFICO. ENTRETANTO, A ANÁLISE DOS AUTOS, REVELA A FLAGRANTE ILEGALIDADE COM REPERCUSSÃO NO DIREITO DE LIBERDADE DA PACIENTE, VISLUMBRANDO QUE ASSISTE RAZÃO EM PARTE AO IMPETRANTE. OCORRE QUE É ENTENDIMENTO PACÍFICO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE QUE O ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS, POR SI SÓ, NÃO CONDUZ OBRIGATORIAMENTE À IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO DA ADOLESCENTE, RAZÃO PELA QUAL RAZÃO ASSISTE À DEFESA QUANTO À INAPLICABILIDADE DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. NA HIPÓTESE, NÃO SE JUSTIFICA A MEDIDA MAIS GRAVOSA CONFORME BEM ALINHAVADO PELA COMBATIVA DEFESA NA PEÇA EXORDIAL. TAL POSIÇÃO CONSOLIDADA DO E. STJ RESULTOU NA EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 492, QUE DISPÕE, IN VERBIS: “O ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS, POR SI SÓ, NÃO CONDUZ OBRIGATORIAMENTE À IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE.” DIANTE DE TUDO ISSO, E EM QUE PESE O PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA ATENDE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL, ENTENDE ESTE MAGISTRADO QUE NÃO HOUE NO DECISUM FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA QUE SE JUSTIFICASSE A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA EXTREMADA, POIS QUE LIMITADA A PRÓPRIA GRAVIDADE DO DELITO E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS NOCIVAS PARA A ADOLESCENTE E PARA A SOCIEDADE, NÃO SE APLICA NA HIPÓTESE NENHUM DOS INCISOS DO ART. 122 DO ECA, RESTANDO PATENTE O CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXPERIMENTADO PELA ORA PACIENTE. AS MEDIDAS CUMPREM A FINALIDADE DE PROTEÇÃO AOS ADOLESCENTES, RETIRANDO-OS DO CONVÍVIO DA CRIMINALIDADE EM QUE ESTÃO INSERIDOS, EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO, E SENDO ASSIM DE FORMA A PRIVILEGIAR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR ENTENDO QUE A SEMILIBERDADE CONFIGURA A MEDIDA QUE MELHOR SE APRESENTA AO CASO CONCRETO NO PRESENTE MOMENTO, ANTE A SITUAÇÃO FÁTICA RETRATADA NA SENTENÇA, ASSIM PERMANECENDO, ATÉ O JULGAMENTO. ENTENDO CARACTERIZADO EM

PARTE O CONSTRANGIMENTO ILEGAL ORA ALEGADO PELO IMPETRANTE, PARA REVOGAR A DECISÃO QUE IMPÔS À ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI A MEDIDA DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E, AFRONTA À LEGISLAÇÃO PERTINENTE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM PARA REVOGAR A DECISÃO QUE IMPÔS À PACIENTE A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA, DETERMINANDO A MANUTENÇÃO DA PACIENTE EM REGIME COMPATÍVEL COM A MEDIDA DE SEMILIBERDADE, ATÉ QUE A REPRESENTAÇÃO SEJA JULGADA, COMUNICANDO-SE AO JUÍZO DE ORIGEM⁴⁶². (grifo nosso)

⁴⁶² <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=13555&PROCESSO=201605901191>> Acesso em: 6 out. 2016, 20:22.

ANEXO V - EXEMPLO DE LISTA DE DISPOSITIVOS LEGAIS A SEREM SUSCITADOS

DIREITO AO CONFRONTO

- Inciso IV, alínea b do artigo 40 da Convenção dos Direitos da Criança
- Alínea F do item 2 do artigo 8º do Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica
- Artigo 14.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
- Item 7.1 das Regras de Beijing
- Inciso II do artigo 111 do Eca

NECESSIDADE DE RELATÓRIO DA EQUIPE INTERPROFISSIONAL

- Item 16.1 das Regras de Beijing
- Parágrafo 4º do artigo 186 do Eca

PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO – CONSEQUÊNCIA LÓGICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

- Item IV do inciso II do artigo 40 da Convenção dos Direitos da Criança
- Alínea G do item 3 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
- Alínea G do artigo 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica
- Inciso LXIII do artigo 5º da Constituição do Brasil
- Artigo 152 do ECA, aplicação subsidiária do artigo 186 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal brasileiro, constam a obrigação de advertência e que o silêncio não pode ser interpretado contra o representado.

IMPOSSIBILIDADE DO REGISTO DAS PERGUNTAS NÃO RESPONDIDAS

- De forma implícita mediante a revogação do artigo 191 do Código de Processo Penal